

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO BRANDÃO NUNES

RELAÇÕES ENTRE ARGUMENTOS JURÍDICOS E ARGUMENTOS MORAIS

RIO DE JANEIRO
2019

EDUARDO BRANDÃO NUNES

RELAÇÕES ENTRE ARGUMENTOS JURÍDICOS E ARGUMENTOS MORAIS

Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Teorias Jurídicas Contemporâneas. Orientador: Fábio Perin Shecaira.

RIO DE JANEIRO

2019

CIP - Catalogação na Publicação

N972r Nunes, Eduardo Brandão
 Relações entre argumentos jurídicos e argumentos
 morais / Eduardo Brandão Nunes. -- Rio de Janeiro,
 2019.
 100 f.

 Orientador: Fábio Perin Shecaira.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do
 Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito,
 Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

 1. Teoria da Argumentação. 2. Argumentação
 Jurídica. 3. Argumentação Moral. I. Shecaira, Fábio
 Perin, orient. II. Título.

CDD 340.12

EDUARDO BRANDÃO NUNES

RELAÇÕES ENTRE ARGUMENTOS JURÍDICOS E ARGUMENTOS MORAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito,
da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito para obtenção do
Título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 01 / 04 / 2019



Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira (Orientador - UFRJ)



Prof. Dr.ª Janaina Roland Matida (UFRJ)



Prof. Dr. Renato José de Moraes (Avaliador Externo)

RIO DE JANEIRO

2019

RESUMO

NUNES, Eduardo Brandão. **Relações entre argumentos jurídicos e argumentos morais**. Rio de Janeiro, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Esta dissertação analisa algumas das principais características dos argumentos jurídicos e argumentos morais, apresentando algumas relações entre tais argumentações. Objetiva-se analisar e descrever algumas das relações entre estes dois tipos de argumentação de forma teórica. Para tanto, analisam-se primeiro as principais características e singularidades da argumentação jurídica, exemplificando-se como é possível representar esquematicamente alguns tipos de argumentos jurídicos. Então, há a análise de argumentos morais e algumas de suas principais particularidades e complexidades. Apenas após a descrição destes dois tipos de argumentação é que se passa à generalização sobre suas relações. Utiliza-se para tanto o procedimento de revisão bibliográfica, de forma qualitativa para a compreensão dos objetos. Entende-se que há congruências entre direito e moral na utilização de métodos e estruturas para se chegar a justificativas de decisões ou conclusões baseadas em argumentos que apresentam razões. Os dois tipos de argumentos não são necessariamente indissociáveis, sendo ambos essenciais para a vida em sociedade. E ainda se nota que para uma prática jurídica mais adequada frente às demandas da vida em comunidade faz-se necessária, em alguma medida, que a moral permeie o direito, seja por meio de premissas ou argumentos morais. Dessa forma, investiga-se também em que medida isso é necessário e em que termos ocorre, no processo sendo necessário primeiro entender os modos e métodos dos argumentos a serem investigados, visando suas estruturas e características, para só então visualizar suas possíveis relações.

Palavras-Chave: Teoria da Argumentação; Argumentação Jurídica; Argumentação Moral.

ABSTRACT

NUNES, Eduardo Brandão. **Relações entre argumentos jurídicos e argumentos morais**. Rio de Janeiro, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

This dissertation analyzes some of the main characteristics of legal arguments and moral arguments, presenting some relations between such argumentations. The aim is to analyze and describe some of the relations between these two types of argumentation in a theoretical manner. The main features and singularities of legal argumentation are first analyzed, exemplifying how some types of legal arguments can be represented through schemes. Then there is the analysis of moral arguments and some of their main characteristics and complexities. It is only after the description of these two types of argumentation that there are generalizations about their relations. For such aims, the bibliographic revision procedure is used, in a qualitative way, to understand the objects of study. It is understood that there are congruences between law and morals in the use of methods and structures to arrive at justifications for decisions or conclusions based on arguments that present reasons. The two types of arguments are not necessarily inseparable; they are both essential for life in society. And it is also noted that for a more adequate legal practice in the face of the demands of community life, it is necessary, to some extent, for morality to permeate the law, either through premises or moral arguments. In this way, it is also investigated to what extent this is necessary and in what terms this occurs, in the process being first necessary to understand the forms and methods of the arguments to be investigated, focusing on their structures and characteristics, to only then visualize their possible relations.

Keywords: Argumentation Theory; Legal Argumentation; Moral Argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A SINGULARIDADE DE ARGUMENTOS JURÍDICOS	12
1.1 CARACTERÍSTICAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS	16
1.2 ARGUMENTOS SOBRE QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO	26
2 ALGUNS TIPOS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS.....	30
2.1 ARGUMENTOS JURÍDICOS PELA INTERPRETAÇÃO DE LEIS.....	31
2.2 O USO DE ARGUMENTOS POR PRECEDENTES	45
3 ASPECTOS GERAIS DE ARGUMENTOS MORAIS	52
3.1 CARACTERÍSTICAS DE ARGUMENTOS MORAIS	54
3.2 COMPLEXIDADES DE ARGUMENTOS MORAIS	61
4 RELAÇÕES ENTRE ARGUMENTOS JURÍDICOS E ARGUMENTOS MORAIS ..	72
4.1 ALGUMAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS.....	72
4.2 ARGUMENTOS MORAIS EM CONTEXTOS JURÍDICOS	80
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS.....	97

INTRODUÇÃO

Compreender a argumentação é uma questão importante não apenas para juristas, mas também para cidadãos comuns que pensam sobre o lugar do direito e da moral na sociedade. Para tanto, realiza-se um desenvolvimento teórico acerca da argumentação que pode auxiliar na visualização e compreensão desta ao atentar-se a métodos básicos de construção de argumentos e suas principais características.

No direito, como nas famílias, nas escolas, nos locais de trabalho e em outros institutos, as pessoas raciocinam e argumentam de maneiras que se originam do papel social particular em que se encontram. No contexto cotidiano, argumentos morais são úteis para a resolução de questões, assim como o direito, cuja função é propor regras para regular a vida social, econômica etc. Posta a importância da moral e do direito na vida de todos os sujeitos que vivem em sociedade é que se faz necessário investigar as possibilidades de argumentação que se pode utilizar para guiar a ação humana nesses diferentes contextos.

Assim indaga-se acerca do pensamento, do raciocínio e das possibilidades de argumentos no direito, que podem ou não ser diferentes dos métodos de pensamento, raciocínio e argumentos dos sujeitos comuns ao argumentarem moralmente. Se os juristas pensam, raciocinam e argumentam de forma diferente da pessoa comum é uma questão ainda em aberto dentro das discussões teóricas e acadêmicas, e não um axioma.

Ao enfatizar os aspectos da argumentação jurídica de uma perspectiva um tanto formal, resistente a fazer o que é certo no caso particular e comprometida em levar a sério o caráter escrito da lei, a pesquisa pretende apresentar uma imagem do pensamento jurídico que reflete a realidade de juristas, fornecendo uma explicação da contribuição exclusiva do direito para a tomada de decisões por meio de argumentos.

Mas é preciso levar em consideração que as regras podem falhar, precisamente porque são muito rígidas ou porque precisam ser determinadas antecipadamente. Em alguns casos, a regra geral pode ser muito ampla para funcionar efetivamente; e pode trazer uma preocupação generalizada sobre o uso de regras inadequadas para o ordenamento dos diversos assuntos sociais de uma forma justa e efetiva.

Mas sabe-se que tal pintura estaria incompleta se apenas se ignorasse a confluência entre direito e moral, e, portanto, verificar em que medida o direito tem relações com a moral faz-se essencial. Para ser possível visualizar tal relação, primeiro se faz essencial entender algumas das principais características da argumentação moral e como ela pode se desdobrar.

Tal argumentação moral é de caráter prático sobre o que, moralmente, deve-se fazer. Questões morais aparecem no dia a dia com frequência, e muitas vezes podem ser respondidas de forma impulsiva ou intuitiva. Tais possibilidades não são o foco do que aqui se apresenta como argumentação moral, que deve ser entendida de forma racional sobre o que se deve fazer.

A argumentação moral quando formulada em condições ideais é explícita, pública e guiada por razões que seguem padrões de racionalidade, visando responder questões morais bem delimitadas. A argumentação moral aqui é guia de ação, criando caminho para que uma certa ação seja escolhida sobre outras de forma moralmente correta ou adequada.

Já os argumentos jurídicos precisam reconhecer que os participantes do direito estão legitimamente discordando de regras ou princípios convencionais básicos – uma vez que o direito opera principalmente frente a conflitos. Portanto, investiga-se também como um julgador deveria tentar resolver casos sem tomar partido, a nível pessoal, em controvérsias morais em grande escala, ao mesmo tempo em que propicia as razões para se atingir a conclusão em sua decisão.

Há diferentes formas de investigar as relações entre argumentos jurídicos e argumentos morais. A perspectiva desenvolvida aqui concentra-se primeiro em descrever algumas das principais características da argumentação jurídica e da argumentação moral, para então verificar a relação entre ambas. A pretensão aqui não é de propor uma teoria normativa, mas, realizar um esforço analítico descritivo de tais argumentações, que tem como objeto a argumentação jurídica e argumentação moral. Entretanto, não se nega a possibilidade de se realizar pontuais críticas, possivelmente de caráter normativo, frente aos objetos encontrados.

Para o desenvolvimento de tal pretensão, operou-se como metodologia uma pesquisa qualitativa na medida em que se visa conhecer os argumentos jurídicos e morais como fenômenos que não podem ser dispostos em números; fazendo-se necessário levar em consideração as suas características e particularidades. Assim, também a interpretação do fenômeno da relação entre os argumentos visa ser

qualitativa ao referir-se aos significados, conceitos, definições e características dos objetos.

Além disso, esta pesquisa é exploratória quanto aos objetivos, em vistas de que tem como finalidade proporcionar mais informações sobre argumentação, visando descrever, desenvolver e esclarecer as características e relações entre os dois tipos de argumentação, possibilitando uma definição e delineamento na teoria da argumentação. Dessa forma, a análise de argumentos jurídicos e morais foi realizada enquanto fenômenos individuais, visando compreender suas características e particularidades, para só então se chegar a uma generalização acerca das relações existentes entre estes.

A investigação seguiu um procedimento metodológico de pesquisa e revisão bibliográfica para reunir as informações que serviram como base para a pesquisa, levantando o conhecimento disponível acerca dos argumentos e realizando uma análise de conteúdo, que ocorreu por meio de livros e artigos acadêmicos, principalmente de literatura estrangeira, uma vez que é onde se encontram pesquisas mais aprofundadas sobre a temática proposta.

O desenvolvimento proposto inicialmente dá algumas considerações gerais sobre o que pode se entender por argumento e para que finalidade pode-se usar argumentos. Identificam-se e introduzem-se alguns atributos essenciais que argumentos devem ter.

Postas as considerações sobre argumentos no geral, passa-se à análise e identificação de um conceito de argumento jurídico, primando a visualização do que há de singular na argumentação jurídica. Para isso, há a descrição das principais qualidades deste argumento, apontando o caráter prático e institucional como característica essencial. Ainda se faz importante apontar que a argumentação no direito foca também em questões de fato, e tal relação é de essencial compreensão.

Para um entendimento ainda mais adequado da argumentação jurídica, passa-se então a demonstrar alguns tipos de argumentos jurídicos, minuciando alguns dos possíveis métodos para tal argumentação. Dá-se primazia a argumentos que possuam razão de autoridade no direito – outra característica essencial – que aparece principalmente por meio das fontes obrigatórias do direito.

Assim, exemplifica-se a argumentação por meio da legislação e algumas das variáveis que suas interpretações proporcionam, assim como pode-se argumentar por meio de precedentes, que também apresentam diferentes possibilidades. A

demonstração de argumentos jurídicos ocorre por meio de esquemas argumentativos, que permitem a padronização e avaliação de argumentos, predominando exemplos por meio de silogismos.

Ao longo dos capítulos é possível notar que há diversas menções ao termo “julgador”, por exemplo, ao invés de juízes ou ministros. Tal termo é usado de forma deliberada a fim de poder se referir a ambos em contextos jurídicos, mas também, a qualquer sujeito que precise fazer a análise e julgamento de um argumento moral.

Uma vez explicitadas as características de argumentos jurídicos, os esforços mudam para a argumentação moral. Tal argumentação, trabalhada também a partir de um caráter prático, apresenta natureza substantiva, propiciando razões para condutas frente a situações morais. Um argumento moral é útil para apresentar declarações que visem o que é certo ou errado, o que deve ou não ser feito.

Os esforços despendidos foram na tentativa de demonstrar algumas das principais características da argumentação moral. Assim como argumentos jurídicos, a argumentação moral pode ser padronizada, e assim também se empregam esquemas argumentativos para a exemplificação de como pode-se apresentar um argumento moral. Note, novamente, que o esforço não é normativo em como se deve apresentar um argumento moral; visa-se apenas uma possibilidade de demonstração, exemplificando para se realçar as características e complexidades de argumentos morais.

A compreensão das características da argumentação jurídica e argumentação moral foram essenciais para que fosse possível o estabelecimento das relações entre estes dois tipos diferentes de argumentação. E assim foi possível identificar que argumentos morais têm relações com argumentos jurídicos de diferentes tipos.

Mas destaca-se principalmente a questão da presença de argumentos morais no direito, pois há abertura do sistema jurídico para a moralidade, principalmente, em casos difíceis, uma vez que a mera previsão por meio de regras é limitada. Assim, questões como se um argumento jurídico pode ter e ou incorporar premissas morais são avaliadas. Visualiza-se uma formulação sintética de uma série de questões importantes sobre a linha de demarcação entre argumentos jurídicos e morais, bem como sobre a possibilidade e a permissibilidade de interação entre os dois tipos de argumentos.

A conclusão de que uma premissa ou argumento não é jurídico implica que juízes e outros atores legais não têm autorização para utilizá-lo no processo legal? Ou será que argumentos não-jurídicos podem ser permitidos eventualmente na aplicação do direito? Se empregadas, as premissas morais em argumentos jurídicos alteram as características deste? Tais questões são atacadas para verificar as relações existentes entre os argumentos jurídicos e morais, anteriormente delimitados, indagando acerca das possibilidades e limites desta complexa relação.

Destaca-se de antemão, que sim, há uma abertura para considerações substantivas no direito (de particular interesse aqui as morais); mas salienta-se que o uso da moral não deve ser irrestrito. Não se nega que a relação entre argumentos jurídicos e morais pode ser complexa, uma vez que própria relação entre direito e moral também é. Assim, as complexidades individuais que tais argumentações carregam se tornam ainda mais melindrosas, mas não menos importantes.

1 A SINGULARIDADE DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

Analisar argumentos é os tratar em uma situação particular de uso pela linguagem, pois, “apresentar argumentos é uma das coisas importantes que fazemos com as palavras”¹ (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014, p. XV, tradução nossa). Argumentos aqui serão entendidos como uma série de frases, declarações, afirmações ou proposições conectadas que sustentam uma conclusão. Dessa forma, embora a definição acima não seja completamente precisa, ela consegue passar a ideia da composição de argumentos: frases, afirmações, declarações ou proposições que servem como premissas que visam estabelecer ou dar razões para uma conclusão.

Argumentação pode ser entendida como uma atividade de expor razões em relação a alguma proposição – seja contra ou a favor (MACCORMICK, 1993, p. 16). Os argumentos que aqui se elencam são principalmente aqueles úteis em uma prática de justificar as razões apresentadas para uma conclusão de forma explícita. É possível vislumbrar argumentos tanto em contextos especulativos ou teóricos quanto práticos. Argumentos teóricos visam “sustentar a crença de que algo é o caso. O que se pretende é argumentar a favor da verdade ou falsidade de uma proposição descritiva” (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 133). Já a argumentação prática dá razões para ações: “fazer ou deixar de fazer algo, ou razões para se sustentar opiniões sobre o que pode ou deve ser feito” (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 133).

Parece ser interessante para compreender a complexidade de argumentos que não se reduza-os a tendo um simples propósito. Assim, argumentos não servem apenas para persuasão ou fazer com que as pessoas venham a acreditar em determinada coisa. Embora seja possível usar argumentos para que isso ocorra, tal aspecto não traduz a totalidade do que argumentos podem propiciar. Tal diferenciação demonstra que é preciso “[...] distinguir diferentes usos do argumento”² (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014, p. 4, tradução nossa).

A argumentação faz uso de raciocínio crítico para avaliar afirmações ou declarações, asseverando se há de fato razões para as aceitar. “Um princípio fundamental do raciocínio crítico é que não devemos aceitar uma declaração como

¹ No original: “Presenting arguments is one of the important things we do with words”.

² No original: “[...] to distinguish different uses of argument”.

verdadeira sem boas razões”³ (VAUGHN, 2015, p. 42, tradução nossa). Assim, deve-se acreditar na declaração ou afirmação que um argumento traz se, e somente se, este tiver boas razões. Quanto melhores as razões que embasam um argumento, maior a chance dele de fato ser adequado.

A aceitação das declarações ou afirmações de um argumento que estão presentes na sua conclusão podem variar em sua força: se as razões identificáveis são fracas, há pouca razão para crer, mas se forem fortes, pode-se acreditar sem maiores desconfiâncias. É também possível que as razões não auxiliem de fato a decidir, e assim, o ideal é suspender o julgamento das razões que embasam o argumento até que melhores evidências estejam disponíveis.

De forma geral, um argumento é um grupo de afirmações ou declarações em que uma dessas declarações é apoiada pelas demais. Assim, as premissas de um argumento servem como suporte e dão as razões para que seja possível ter uma decisão cuja conclusão deva ser acreditada. Embora pareça uma relação simples, no contexto cotidiano argumentos nem sempre são tão fáceis de serem identificados, uma vez que podem estar inseridos em longos contextos e passagens que incluem também usos da linguagem que aqui não se consideram como argumentos, embora à primeira vista possam até se passar por argumentos. Considere este exemplo:

“O número de abortos realizados nesse estado está aumentando. Mais e mais mulheres dizem que elas favorecem um maior acesso ao aborto. Isto é um ultraje.”⁴ (VAUGHN, 2015, p. 42, tradução nossa)

No cotidiano, o leigo pode considerar tal passagem um argumento, entretanto, para as definições aqui expostas o exemplo acima não o é. As duas primeiras frases apenas trazem afirmações sobre fatos e última traz uma expressão de indignação para com os fatos. Não há de se falar em argumento uma vez que as premissas não estão dando qualquer tipo de razões que suportem a conclusão alcançada, assim não havendo também quaisquer razões para concordar com a indignação.

Um argumento sempre tem algo a provar, seja que se deve acreditar em algo ou agir de alguma maneira. Uma possível forma de identifica-los é primeiro

³ No original: “A fundamental principle of critical reasoning is that we should not accept a statement as true without good reasons”.

⁴ No original: “The number of abortions performed in this state is increasing. More and more women say that they favor greater access to abortion. This is an outrage”.

visualizar qual conclusão estão declarando ou afirmando. Uma vez que se sabe o que está tentando ser afirmado é possível identificar outras declarações que estariam dando apoio aquela conclusão.

Pode-se falar em dois tipos básicos de argumentos, que advém de raciocínios diferentes, sendo estes argumentos dedutivos e argumentos indutivos. Argumentos dedutivos tem premissas que dão suporte de uma forma lógica a sua conclusão. Já argumentos indutivos oferecem premissas com apoio em probabilidades para se atingir aquela conclusão. Para argumentos dedutivos o padrão a ser alcançando é de um argumento sólido. Um argumento sólido é aquele que é válido em sua estrutura lógica e tem premissas verdadeiras. Para argumentos indutivos o padrão ideal é ser convincente, precisando ser indutivamente forte.

Pode-se sintetizar dizendo que bons argumentos terão premissas adequadas, que dão razões e uma estrutura ou forma adequada. Maus argumentos terão premissas falsas ou uma estrutura inadequada. É possível que a adequação das premissas até mesmo seja relativa em relação a audiência a quem as premissas se direcionam. “O que é uma premissa incontroversa para um público pode não ser conhecida por outro público”⁵ (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 83, tradução nossa).

Para avaliar adequadamente um argumento é preciso então primeiramente identificar se sua forma está bem construída e de acordo com padrões de racionalidade. Esta pode ser considerada uma parte mais formal da avaliação, na qual a validade do argumento depende apenas da forma com que as premissas se conectam com a conclusão. Para ter uma forma apropriada basta a conclusão do argumento decorrer de suas premissas, que devem conter informações relevantes para se chegar àquela conclusão estabelecida. Se as declarações nas premissas não apoiarem a conclusão elas são irrelevantes e a forma está comprometida.

Nesse viés, até mesmo um argumento com premissas falsas pode ser válido, e, portanto, se faz necessário mais uma etapa para a correta avaliação de argumentos, uma vez que esta etapa apenas serve para definir se o argumento é válido ou convincente. Se a forma estiver incorreta, pode-se até mesmo descartar a avaliação do argumento e rejeitá-lo, por isso é uma etapa essencial num bom desenvolvimento argumentativo. Mas, se a forma ou estrutura estiver adequada é necessário então avaliar sua adequação como argumento.

⁵ No original: “What’s an uncontroversial premise for one audience might not be known to another audience”.

Para realizar a avaliação da adequação de um argumento deve-se usar toda e qualquer informação disponível que for relevante para a situação. Argumentos que forem coerentes com as informações disponíveis podem ser considerados adequados. Mas é preciso se atentar ao fato de que “Força e fraqueza, como a racionalidade, podem variar de pessoa para pessoa e de tempo para tempo, dependendo da evidência da pessoa no momento”⁶ (VAUGHN, 2015, p. 127, tradução nossa).

Tais critérios são importantes, embora não sejam absolutos, uma vez que não devem ser sujeitos a preferências individuais, mas sim dependem de evidências concretas a que se tem acesso no momento da avaliação e até formulação de um argumento. Na avaliação e tratamento é possível até mesmo rejeitar premissas que não compactuem com as evidências disponíveis sendo motivo para negar ou suspender a avaliação do argumento.

A avaliação e até mesmo os julgamentos realizados no geral são falíveis, como qualquer atividade humana. É possível errar na avaliação mesmo realizando estes passos, o que não diminui a importância de tê-los, uma vez que ainda é o melhor “guia” existente para a avaliação de argumentos.

Faz-se importante notar que a presente dissertação visualiza os argumentos a partir de uma racionalidade prática, particularmente visando o papel que estes argumentos podem exercer como razões que justificam uma conclusão. Entretanto, dentro da racionalidade prática pode haver três tipos de razões, e apenas as justificadoras foram tratadas aqui, existindo também as explicativas e motivadoras, que vão além do escopo pretendido⁷.

O que se pretende destacar é o caráter justificador de razões que embasam a argumentação. Nesse sentido, razões práticas que justificam são considerações públicas em que “As razões, em outras palavras, são em essência neutras a agentes ou impessoais e, portanto, devem ser construídas como constitutivamente relacionais e interpessoais”⁸ (BERTEA, 2017, p. 68, tradução nossa). Possivelmente razões práticas que justificam aplicam-se a qualquer sujeito ou agente. Assim, a

⁶ No original: “Strength and weakness, like rationality, can vary from person to person and time to time, depending upon the person’s evidence at the time”.

⁷ Uma visão mais completa sobre as diferenças entre os tipos de razões pode ser encontrada no trabalho de Alvarez (2018).

⁸ No original: “Reasons, in other words, are in their essence agent-neutral, or impersonal, and so should be constructed as constitutively relational and interpersonal.”

razão é compartilhada como um padrão que obriga a ação que é deliberada, sendo também vinculante a outros indivíduos além daquele que está argumentando.

Tratar a razão prática como pública pode ser chamada de tese publicista, e não é livre de objeções conceituais⁹. Mas, no geral, a visão é de que as considerações práticas que uma razão justificadora traz devem apoiar a conduta de qualquer sujeito ou agente naquela situação. Não ser capaz de proporcionar o apoio necessário pode fazer até mesmo com que se desconsidere tal razão como prática. A força de uma razão prática então será vinculativa a qualquer sujeito que se encaixe no escopo do que ela prevê, portanto, não é relativa.

Uma razão justificativa faz isso oferecendo um padrão de avaliação e correção, isto é, um critério à luz do qual podemos julgar um curso de ação como tendo essas qualidades (sendo certo, apropriado, razoável, e assim em diante) e em virtude do qual esse curso de ação pode ser fundamentado, ou racionalizado, isto é, mostrado ser a coisa correta a fazer¹⁰. (BERTEA, 2017, p. 72, tradução nossa)

Considerações relativas a preferências, interesses ou motivos que sejam pessoais não se confundem com o tipo de razão prática que interessa ao direito e à moral, uma vez que não podem se configurar como razões que sujeitos devem tomar para si e para os outros como guias de como agir. Assim dá-se prioridade à racionalidade generalizada.

Tais características estão presentes em todos os argumentos que fazem uso da racionalidade prática. Nota-se assim, então, que muitos tipos de argumentos diferentes podem ter tal característica em comum, e pode ser possível que a diferenciação entre eles não seja sempre pela forma ou conteúdo. Tais critérios se aplicam também a argumentos jurídicos, embora tenham suas singularidades.

1.1 CARACTERÍSTICAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

O que pode ser um “argumento jurídico”? Para tal compreensão começa-se com a afirmação de que o ensino do direito não se resume à assimilação de inúmeras regras positivadas, pois, por exemplo, há muito mais regras do que se

⁹ Um exemplo de tais objeções pode ser encontrado na obra de Gert (2002), apresentando uma visão mais aprofundada.

¹⁰ No original: “A justificatory reason does so by offering a standard of evaluation and correctness, that is, a criterion in light of which we can judge a course of action as having those qualities (its being right, proper, appropriate, reasonable, and so on) and by virtue of which that course of action can be grounded, or rationalised, that is, shown to be the correct thing to do”.

pode esperar ensinar no período de formação de um jurista. Dessa forma, o que viria a distinguir juristas de outras pessoas não é apenas o seu conhecimento de leis e regras, mas sim, o domínio de técnicas e conhecimentos que agrupadas constituem um raciocínio jurídico (SCHAUER, 2009, p. 8).

Deve-se atentar que, de forma geral, um “raciocínio normalmente ocorre em uma estrutura de uso”¹¹ (WALTON, 1990, p. 411, tradução nossa), e a estrutura que aqui se visa são nos argumentos que demonstram que “[...] seu argumento expressa alguns dos seus (melhores) raciocínios”¹² (GOVIER, 1989, p. 117, tradução nossa). Tal raciocínio, que o direito proporciona, dá meios para que a tomada de decisão tenha os recursos necessários para se adaptar a demandas e interesses diversos dos juristas que apresentam argumentos legais.

Cabe aqui destacar que se pode, inicialmente, atribuir três sentidos distintos a raciocínio jurídico: 1) raciocínio para estabelecer o conteúdo existente de lei para uma determinada questão; 2) raciocínio do conteúdo existente no direito como um todo para uma decisão que um tribunal deve alcançar, levando em conta conteúdos também que vem antes do caso em voga; E 3) raciocínio sobre a decisão que um tribunal deve chegar em um caso, levando em conta considerações institucionais e substantivas. Isso traz que a racionalidade jurídica impacta a maneira como se visualiza e então se aplica o direito. A presente pesquisa reconhece isso, mas não foca nesses pontos, uma vez que eles também podem envolver o processo internos dos agentes que raciocinam com o direito, embora seja uma possível complexidade a ser encontrada.

Dessa forma, ao focar na argumentação, destaca-se os aspectos que são tornados públicos no processo que dá razões para se atingir uma conclusão, e não necessariamente todo o processo de raciocínio que se fez para chegar a conclusão, que pode ser bem mais complexo e controverso. A argumentação jurídica como trabalhada aqui tem foco em como os argumentos jurídicos que são dispostos em uma decisão podem dar razões para se atingir aquela conclusão. Já o raciocínio, na verdade, pode ter razões diferentes das expostas nos argumentos para se chegar a uma conclusão.

Por exemplo, no argumento o juiz pode dizer que condena o réu com base na regra; enquanto isso seu raciocínio condena o réu por achar sua atitude

¹¹ No original: “Reasoning normally occurs in a framework of use”.

¹² No original: “your argument expresses some of your (best) reasoning”.

repreensível moralmente. O raciocínio pode estar atrelado a questões subjetivas, o que nem sempre pode ser vislumbrado claramente em um discurso jurídico.

Assim, foca-se em como a argumentação jurídica pode propiciar razões para se chegar a uma conclusão em uma decisão judicial. Entende-se aqui que publicitar a razão encontrada para conclusão é pré-requisito para a argumentação jurídica quando se decide, é uma obrigatoriedade a ser exposta pelo julgador.

O entendimento trazido aqui é que juristas compartilham muitas características com outras pessoas e argumentam de forma similar de forma geral, entretanto, possuem também métodos que são distintos e próprios, quando são dispostos e concentrados particularmente em argumentos encontrados no direito. Portanto, afirma-se que existe um raciocínio jurídico ao analisar as questões de fato e direito que resultam em argumentos singulares, que demonstram que os juristas têm maneiras de abordar problemas por meio de argumentos, e então tomar decisões, que outros não possuem.

Ainda que possam ser encontrados exemplos de argumentos similares fora do direito, pode ser que a definição essencial esteja nessas formas de argumentos que resultam em tomadas de decisões, que estão particularmente dispostas e concentradas no sistema legal. Nesse sentido, pode-se apontar o entendimento de que “[...] as características dominantes do raciocínio jurídico e argumento jurídico podem ser vistas como uma rota para alcançar uma decisão diferente da melhor decisão para a questão em mãos”¹³ (SCHAUER, 2009, p. 7, tradução nossa).

Schauer ainda exemplifica como, por meio do trânsito, obedecemos a um limite de velocidade mesmo quando não pensamos que isso seja adequado, pois a regra não leva em consideração características particulares, como as condições de condução e habilidade do motorista. Outra possibilidade é que a melhor regra possa ser uma que produza um resultado injusto em um caso presente, mas que produzirá melhores resultados em um número maior de casos no futuro; dessa forma admite-se alguns resultados que não seriam considerados ótimos ou o melhor para o caso, pois há diversos outros casos que se beneficiam disto. Nas instituições jurídicas há geralmente a preocupação com o conjunto completo de sua ordem de regras e princípios e, portanto, prossegue uma peculiar atenção de ter maiores ônus na

¹³ Tal concepção pode ser criticada, como na obra de Maxeiner (2012) que acha a justiça essencial ao direito. No original: “the dominant characteristics of legal reasoning and legal argument can be seen as a route toward reaching a decision other than the best all-things-considered decision for the matter at hand”.

tomada de decisões do que em outras áreas, uma vez que há uma grande preocupação com erros ou injustiças, mas também com sua própria coerência enquanto sistema, sendo que as duas considerações, na prática, podem conflitar.

Dessa forma, obedecer a um limite de velocidade pode exemplificar fazer algo que não se acha o melhor para o caso em questão, e o resultado subótimo, embora não tão comum em outras áreas, seria característica marcante do direito e seu respectivo raciocínio que embasa argumentos que propiciam razões. Por ser possível verificar que podem existir estruturas de argumentos que são particularmente concentrados e dominantes no âmbito jurídico, então se justifica suficientemente a hipótese de sua singularidade.

Atenta-se à questão de existirem escolhas interpretativas, nenhuma das opções sendo de fato obrigatória, por exemplo, “[...] existem escolhas em todos os lugares. Na interpretação de estatutos, por exemplo, algumas pessoas favorecem a ênfase no significado ‘comum’ das palavras relevantes”¹⁴ (SUNSTEIN, 2018, p. 34). Mas o raciocínio jurídico como conhecimento de fundo torna possível a interpretação legal, e isso restringe fortemente as possibilidades de um argumento jurídico.

Anteriormente, no presente capítulo, determinou-se o que deveria se entender por argumentos práticos. Entretanto, é possível distinguir a argumentação prática em dois tipos: substantiva e institucional, como aponta MacCormick (1993, pp.17-19). Os dois tipos de argumentos práticos vêm a estabelecer conclusões por meio de razões diferentes, buscando atingir o objetivo de fundamentar conclusões sobre ações de formas diferentes. É possível dizer que “A argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc.” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016a, p. 130). Dessa forma, grande parte dos argumentos práticos tem características substantivas uma vez que são mais comuns e utilizados por diversos agentes, em circunstâncias diferentes.

Já a argumentação institucional, que é predominante no direito, não pode utilizar de forma livre considerações que sejam de fora do direito (morais, políticas etc.). Sua característica é de maior burocracia, e mais ainda de uma “linha de conduta prudente para um agente em uma situação particular”¹⁵ (WALTON, 1990, p.

¹⁴ No original: “There are choices everywhere. In interpreting statutes, for example, some people favor an emphasis on the “ordinary” meaning of the relevant words”.

¹⁵ Destaca-se que o contexto de tal citação é sobre argumentação prática no geral, mas entende-se aqui que ela cabe ainda mais adequadamente sobre a argumentação institucional. No original: “a prudential line of conduct for an agent in a particular situation”.

405, tradução nossa), no caso tal prudências para juristas, nas situações de tomada de decisões.

Muita da argumentação prática, principalmente no meio jurídico ocorre em âmbito institucional, e em tal âmbito é comum o uso de um tipo de ensejo diferenciado para se fazer ou não algo, que estariam ligados a seguir a autoridade, uma vez que é preciso seguir uma regra ou comando imposto que seria autoritativo. Seguir uma autoridade implica que se reconhece a virtude da autoridade e sua fonte.

Dessa forma, seguir uma regra significa não apenas respeito por ela, mas ao mesmo o reconhecimento de que a fonte que a impõe é válida. Pode-se falar até mesmo que a autoridade é uma razão própria a ser seguida, uma vez que “quem argumenta institucionalmente não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016b, p. 36). Assim, uma vez que uma lei é promulgada pelo legislativo “[...] então isso constitui do ponto de vista jurídico uma razão para usar um cinto de segurança, ou uma razão pela qual certas pessoas podem não ser autorizadas a pescar em certas águas”¹⁶ (MACCORMICK, 1993, p. 18, tradução nossa).

Tal autoridade pode até mesmo ser visualizada como a razão primordial de decisões legais, em que tanto o estado de direito como a própria separação de poderes requerem que decisões legais sejam tomadas apenas em face de legislação anteriormente promulgada, não indo além do disposto pelo legislador. Embora seja claro que na contemporaneidade tal visão é muito restrita em relação as possibilidades de argumentação para se atingir uma decisão jurídica.

Mas isso não diminui o fato de que o aspecto institucional que existe no seguimento da autoridade dá a principal característica da argumentação jurídica. Ainda que possa se utilizar precedentes, doutrinas, princípios e costumes, a principal âncora de uma decisão legal será dada por meio de argumentos que são institucionais, pois, advém de alguma forma de autoridade reconhecida e anteriormente promulgada, ainda que não sejam os únicos argumentos aceitos no direito. O que se busca salientar aqui é o fato de que não é possível falar em argumentação jurídica sem recorrer a alguma forma de autoridade e procedimento institucional, então compartilha-se aqui do entendimento que é a da própria natureza

¹⁶ No original: “[...] then that constitutes from the juridical point of view a reason for wearing a seat belt, or a reason why certain people may not be permitted to fish in certain waters)”.

do direito ser constituído por normas que chamem a questão de autoridade. Essa questão de autoridade faz com que se deixe de lado o que é melhor para contextos específicos e leve-se em consideração o que a autoridade requer que seja feito pelos procedimentos previamente estabelecidos. O que pode ser compreendido da seguinte forma:

É considerado como um bom argumento no direito aquele que pode ser reconduzido a uma razão de autoridade. Pelo menos do ponto de vista daqueles que desenham as instituições, certas razões de autoridade são colocadas por eles de tal forma que elas possam, ao mesmo tempo, suprimir e suplantar as razões de substância (teleológicas e deontológicas) que governariam as decisões, não fosse pela sua existência. [...]
Em suma, a pretensão do responsável pelo desenho institucional é que a existência do direito seja capaz de gerar um modo especial de raciocinar sobre questões práticas, segundo o qual não é toda e qualquer razão que é considerada pertinente, mas sim aquelas colocadas pelo procedimento jurídico e identificadas de acordo com a regra de reconhecimento. (STRUCINHER, 2009, p. 66)

O que se faz necessário destacar é que não se visa implicar que o direito é independente de razões substantivas, uma vez que não se pode basear todo o sistema jurídico no que a autoridade requer que seja feito em nível institucional. Dessa forma, em alguma medida faz-se necessário que a autoridade que dispõe as normas a serem seguidas seja fundada em pretensões de valores, como a justiça. Ainda que a ordem institucional e a autoridade que precisa ser seguida, uma vez estabelecidas de forma substantiva, venham a excluir a consideração sobre valores de seu sistema, em última análise a autoridade virá a ser fundada em razões que são além de institucionais e de autoridade.

Mas resta claro que o direito dá lugar primordial a argumentação institucional no sentido de seguir a autoridade. Seja tal autoridade disposta em estatutos, precedentes, doutrinas ou materiais como os tais, partilha-se do entendimento de que “[...] os profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional” (SHECAIRA, STRUCHINER, 2016b, p. 37). Note-se que predominantemente não significa exclusivamente, sendo apenas a descrição de “um fato sobre a prática do direito” (SHECAIRA, STRUCHINER, 2016b, p. 38). Assim, existem argumentos substantivos no direito, mas estes devem ser preteridos, ao máximo possível, pelo uso de argumentos institucionais.

O exemplo de Schauer que foi elencado anteriormente torna mais clara essa característica. Argumentar institucionalmente implica em argumentar com respeito às

regras que o sistema impõe. Dessa forma, os procedimentos que foram estabelecidos anteriormente são prioridade em relação a juízos de valor (sejam justiça, moral etc.) daquele que estiver decidindo. Há uma notável presença de “[...] razões de autoridade ou argumentos de autoridade” (STRUCHINER, 2009, p. 65). O seguinte exemplo também ilustra bem o conceito trazido:

Pense, por exemplo, no juiz de futebol. Antes de saber se a marcação de um pênalti em uma partida importante poderá gerar uma briga violenta entre torcidas ou decepcionar uma multidão de torcedores (ambos resultados ruins do ponto de vista substantivo), ele quer saber se a conduta do jogador que provocou o suposto pênalti viola ou não alguma regra do jogo. E, mesmo que o juiz tome uma decisão com base em considerações relativas ao bem-estar da torcida, ele dificilmente admitirá publicamente que essas considerações foram determinantes. A posição de juiz exige que suas decisões sejam justificadas institucionalmente. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016a, p. 130)

No direito, os juristas também ocupam uma peculiar posição que faz necessário atentar para questões institucionais. Juízes, por exemplo, tomam decisões práticas que impactam a vida de outros indivíduos, mas com base em regras estabelecidas previamente – ainda que tais regras advenham de diferentes fontes. Advogados, no geral, acabam utilizando a mesma terminologia e linguagem de argumentos institucionais uma vez que trabalham de maneira rotineira para obterem uma decisão para seus clientes – que é tomada por juízes.

Dessa forma, do ponto de vista substantivo alguns argumentos podem ser considerados muito importantes, enquanto no direito são secundários, uma vez que se privilegiam as considerações técnicas que as regras estabelecem. O entendimento de que a distinção entre argumentos substantivos e institucionais não seriam de opostos polares, mas sim teriam diferenças de grau (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016b, pp. 40-41), torna-se deveras útil para se compreender a prática argumentativa. Assim há argumentos mais ou menos institucionais, não apenas no direito.

Mais ainda, uma lei por meio das regras que estabelece pode possuir amplos significados apenas pelas palavras que as determina. Entretanto, juristas sabem como os termos em tais regras são entendidos, portanto podem apontar uma variedade de exemplos em seus argumentos (SUNSTEIN, 2018, p. 13). Isso se faz importante para uma argumentação ser verdadeiramente institucional, uma vez que tanto a identificação da fonte como a interpretação da regra não devem passar por considerações substantivas.

Os seguintes cinco passos presentes na racionalidade jurídica podem se provar úteis na formulação de um argumento, a se saber:

1. Identificar as fontes de direito aplicáveis, geralmente estatutos e decisões judiciais.
2. Analisar essas fontes de lei para determinar as regras de direito aplicáveis e as políticas subjacentes a essas regras;
3. Sintetizar as regras de direito aplicáveis em uma estrutura coerente em que as regras mais específicas são agrupadas sob as mais gerais;
4. Pesquisar os fatos disponíveis; e
5. Aplicar a estrutura das regras aos fatos para verificar os direitos ou deveres criados pelos fatos, usando as políticas subjacentes às regras para resolver casos difíceis.¹⁷ (VANDEVELDE, 2009, p. 2, tradução nossa)

Para ilustrar tais passos, pode-se dar o seguinte exemplo:

Regra: Cometer homicídio de cônjuge é um ato ilícito que gera pena de reclusão de até 30 anos.

Fato: Um homem matou seu marido.

Conclusão: Portanto, o homem cometeu um ato ilícito e deve sofrer a pena de reclusão de até 30 anos.

O exemplo acima utiliza um silogismo, um raciocínio dedutivo estruturado, que deve conter em sua composição “[...] pelo menos duas premissas e uma conclusão”¹⁸ (GARDNER, 2012, p. 76, tradução nossa). A primeira proposição é uma premissa maior que estabelece a regra aplicável às situações que serão descritas nos fatos; sendo a segunda proposição uma premissa menor que caracteriza a situação particular dos fatos. No direito, a primeira premissa é uma regra estabelecida anteriormente; enquanto a premissa menor descreve os fatos que se pode atribuir a um agente que esteja sendo julgado, e a conclusão visa afirmar se há ou não a aplicabilidade da regra proposta em relação aos fatos (VANDEVELDE, 2009, p. 94).

Na lista de Vandeveld, o primeiro e segundo passos delimitam que se deve identificar as fontes do direito aplicáveis e analisá-las, o que é de difícil disposição,

¹⁷ No original: “1. identify the applicable sources of law, usually statutes and judicial decisions; 2. analyze these sources of law to determine the applicable rules of law and the policies underlying those rules; 3. synthesize the applicable rules of law into a coherent structure in which the more specific rules are grouped under the more general ones; 4. research the available facts; and 5. apply the structure of rules to the facts to ascertain the rights or duties created by the facts, using the policies underlying the rules to resolve difficult cases”.

¹⁸ No original: “[...] at least two premises and a conclusion”.

pois, na verdade são passos mais voltados à racionalidade jurídica para se atingir uma decisão, e não passos exclusivos de estruturação de argumentos, embora gerem impactos sobre os argumentos. Mas os passos seguintes são úteis para o argumento, pois no passo 3 pode-se estruturar as regras, enquanto no passo 4 estruturar os fatos, e então pode-se usá-los como premissas. Dessa forma, ao aplicar a estrutura das regras sobre os fatos no ponto 5, é possível atingir uma conclusão, que no exemplo seria a pena de prisão.

Pode-se dizer com segurança que tal argumento é jurídico seguindo a definição de que: “é um argumento jurídico se for um argumento sobre o que fazer (por exemplo, qual a decisão a tomar) em que pelo menos algumas normas legais figuram entre as principais premissas” ¹⁹ (GARDNER, 2012, p. 188). Mas suponhamos que o homem tenha agido em legítima defesa. Dessa forma, teríamos um novo fato e, portanto, possivelmente uma nova regra que afetaria a conclusão anteriormente estabelecida, que é o que se visa demonstrar aqui, tendo a seguinte estrutura:

Regra: Cometer homicídio de cônjuge é um ato ilícito que gera pena de prisão de até 30 anos.

Regra: Legítima defesa é uma excludente de ilicitude.

Fato: Um homem matou seu marido, mas em legítima defesa.

Conclusão: Portanto, o homem não deve sofrer pena de prisão.

É perante o contexto e à luz dos fatos que se pode determinar quais são as fontes aplicáveis ao caso, para então analisá-las; e apenas então estruturar as regras aplicáveis e poder utilizar sua estrutura aos fatos pesquisados, pois como seria possível estabelecer quais as fontes relevantes sem ter ciência dos fatos? Os passos propostos por Vandewelde não seguem necessariamente a ordem da lista em todas as ocasiões, e o autor reconhece isso: o contexto de cada caso é o que disporá a ordem adequada da realização de cada passo.

No exemplo, o fato de o homem ter agido em legítima defesa chamou uma nova regra específica, que foi alocada abaixo da geral, mas que altera a conclusão estabelecida. Seria papel do advogado do homem argumentar sobre o fato de ele ter

¹⁹ No original: “It is a legal argument if it is an argument about what to do (eg what ruling to make) in which at least some legal norms figure among the major premises”.

agido em legítima defesa, dando uma razão do porquê ele agiu como agiu, assim seria possível estabelecer o fato, que pode apoiar uma conclusão. Tal papel de ter que dar uma explicação razoável sobre os fatos pode ser visto como uma característica de ônus de persuasão (SCHAUER, 2009, p. 223).

Faz-se importante dizer que enquanto a discussão sobre as premissas pode ser considerada teórica, a conclusão do argumento exposto certamente tem um caráter prático e mais ainda, justificadora, uma vez dá boas razões que justificam a conclusão que se deve passar a aceitar. E o caráter prático se dá pela ação que ocorrerá em decorrência da conclusão (no exemplo, recluir ou não o homem).

É importante fazer aqui uma distinção. A razão que o homem deu para matar o marido é prática (dá razão para sua ação). Mas a razão que determina os fatos em um contexto de litígio jurídico, é teórica. Isso ocorre, pois fala da verdade ou falsidade dos fatos – o julgador tem que determinar os fatos com base em argumentos das partes que muitas vezes podem ser conflitantes, dessa forma, ele argumenta sobre a ocorrência com base nas evidências que encontra, sendo característica argumentação teórica²⁰.

Resta claro que os direitos e deveres que juristas identificam através do processo de raciocínio jurídico e seus argumentos são aqueles que alguém acredita que deveriam ser compelidos por um tribunal. Independentemente de quão convencido um jurista pode ser que certo direito ou dever deveria existir, se um julgador não aplica o direito ou o dever, então este não existe no que diz respeito ao sistema legal, para fins práticos.

O ponto anterior que se referiu à argumentação institucional é essencial para o entendimento de como há peculiaridades do uso de argumentos no direito, uma vez que cada sistema jurídico tem procedimentos próprios. Dessa forma, se no exemplo anterior não houvesse nenhuma regra que pudesse ser encontrada sobre legítima defesa, é provável que o homem teria sido condenado. A característica marcante de tais argumentos que fundamentam uma decisão, e, portanto, uma conclusão, é a atenção que se deve prestar as fontes do direito (estatutos, precedentes, provisões constitucionais etc.). Tais fontes podem até mesmo serem conflitantes ou vagas, e, portanto, precisam de uma atividade interpretativa para o estabelecimento de uma conclusão.

²⁰ Pode-se encontrar uma explicação mais adequada sobre como ocorre a argumentação teórica no Direito em: SHECAIRA; STRUCHINER, 2016a, pp. 131-137.

Em algumas decisões judiciais é possível que se encontre dificuldade em achar o que seriam consideradas boas razões fora do direito, em virtude do carácter institucional – que não necessariamente visa o melhor para o caso concreto. Mas no direito, as dúvidas sobre conclusões tendem a ocorrer principalmente em virtude de dúvidas em relação a fatos; ou ainda sobre as fontes do direito, que podem ser inconsistentes ou pouco claras. Mas mesmo nesses casos de dificuldade de determinar as razões, se faz necessário que alguma decisão seja tomada, não há a liberdade do julgador deixar de decidir algum caso.

O papel daquele que está tentando convencer o julgador é trazer argumentos que possam embasar a conclusão que visa atingir, como no exemplo do homem, seu advogado busca uma conclusão de inocência ou não culpabilidade. E para atingir tal conclusão, não usará apenas argumentos institucionais, mas tudo aquilo que achar que couber no caso em questão, portanto, o litígio pode estar dotado dos mais diversos argumentos. Entretanto, apesar dessa variedade de argumentos, pode-se dizer que “Uma decisão em um caso legal geralmente depende de (1) questões de fato e (2) questões de direito” ²¹ (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014, p. 354).

1.2 ARGUMENTOS SOBRE QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO

Quando uma pessoa é acusada de violar a lei, é realizado um julgamento para determinar se, de fato, ele ou ela fez isso. Dessa forma, a argumentação sobre fatos no direito é essencial para delimitar a lei aplicável – ou mesmo se há lei aplicável. Pode-se dizer que argumentos sobre fatos “têm como objetivo sustentar que um determinado estado de coisa se sucedeu ou não, isto é, que certas proposições fáticas são verdadeiras ou falsas” (STRUCHINER, 2009, p. 64). Isso pode ser visualizado em exemplos de direito penal, como o ônus da acusação de provar a autoria, por meio dos fatos, deixando clara a culpa para além de dúvida razoável.

Normalmente a conclusão dependerá fortemente das evidências em relação aos fatos que as partes trazem a juízo. Talvez uma das dificuldades em se estabelecer fatos é pelo motivo de que “O direito navega através de uma névoa de

²¹ No original: “A decision in a legal case usually depends on (1) questions of fact and (2) questions of law”.

incertezas” ²² (SCHAUER, 2009, p. 219, tradução nossa), dependendo de lembranças imprecisas, em que se faz necessário decidir sobre coisas que podem ter ocorrido há meses ou anos atrás. Assim, argumentar sobre fatos pode levantar conflitos e várias incertezas, o que torna muitas vezes difícil trazer razões contundentes, muitas vezes não sendo possível provar algo.

Outra possibilidade é quando a distinção entre fatos e questões de direito não é tão clara. Considere o exemplo:

Estes problemas surgem frequentemente em casos que levantam questões sociais maiores. Por exemplo, no caso famoso de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 [1954]) que considerou as escolas segregadas inconstitucionais, a Suprema Corte respondeu à questão de direito em debate dizendo “a oportunidade de uma educação. . . é um direito que deve estar disponível para todos em condições iguais”. A Corte perguntou depois: “A segregação de crianças nas escolas públicas apenas com base na raça... priva os filhos do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais?” Esta questão foi apresentada como uma questão de fato. A Corte respondeu afirmativamente e tentou justificar a sua resposta citando vários estudos psicológicos sobre o desempenho de crianças de grupos minoritários de escolas segregadas. Esta resposta seria aceita pela maioria das pessoas hoje, mas os estudos utilizados como prova foram controversos e inconclusivos, então a Corte teve que decidir se os estudos desse tipo eram confiáveis o suficiente para servir de prova neste caso.²³ (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014, pp. 354-355, tradução nossa)

As respostas para as questões levantadas no exemplo irão depender do que a corte entender por igual oportunidade de educação, ou seja, irão depender da interpretação jurídica para o que isso significa. Decidir sobre essa questão acaba determinando o que é a lei neste caso, o que é proibido e o que seria permitido, no caso a segregação ou não. A questão de fato no exemplo, em alguma medida, se misturou as questões de direito, não sendo clara a distinção onde uma começa e a outra termina.

Feita alguma determinação dos fatos do caso, não é possível decidir sem se identificar qual a regra aplicável ao caso. Embora possa parecer óbvio, o direito varia

²² No original: “Law navigates through a fog of uncertainty”.

²³ No original: “These problems arise often in cases that raise larger social issues. For example, in the famous case of *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 [1954]), which found segregated schools unconstitutional, the Supreme Court answered the question of law at issue by saying “the opportunity of an education . . . is a right which must be available to all on equal terms.” The Court next asked: “Does segregation of children in public schools solely on the basis of race . . . deprive the children of the minority group of equal educational opportunities?” This question was presented as a question of fact. The Court answered in the affirmative and tried to justify its answer by citing various psychological studies of the performance of minority children from segregated schools. This answer would be accepted by most people today, but the studies used as proof were controversial and inconclusive, so the Court had to decide whether studies of this kind were reliable enough to serve as evidence”.

de acordo com o tempo e espaço que se encontra – o que tem algumas implicações complexas²⁴. Uma das principais fontes para se encontrar as regras adequadas é por meio de leis positivadas (sejam federais, estaduais ou municipais). Tais leis regulam não apenas o que são direitos, mas também o processo de apresentação de evidência e devido processo legal, entre outros diversos procedimentos, sendo todas regras que impactam a formulação de argumentos.

Quando alguma dessas regras é aplicada a um caso, o argumento em casos mais fáceis segue a estrutura dedutiva demonstrada anteriormente – ainda que algumas das premissas possam estar ocultas ou presumidas. Tal aplicação costuma ser mais facilmente visualizada em casos de simples resolução, o que não reflete a totalidade da prática jurídica de se decidir. Dessa forma, em casos mais complexos a atividade de interpretar as regras, para saber se são aplicáveis ou não ao caso, é fonte de grandes contendas, uma vez que a interpretação adotada precisará ser bem fundamentada no argumento que dá as razões.

Essa interpretação normalmente parte da análise do sentido literal das palavras, mas resta-se claro que pode ser necessário ir além disso para uma interpretação adequada, principalmente frente a vagueza ou falta de clareza dos dispositivos positivados. Por exemplo, para uma interpretação é possível levar em consideração a intenção do legislador ou o propósito da regra.

A interpretação é processo independente, mas essencial para a construção de argumentos. Tal interpretação tão pouco é mecânica, e possivelmente nem a melhor possível, uma vez que “parte da controvérsia legal é muitas vezes sobre quais fatores podem ou devem ser usados para argumentar por uma interpretação”²⁵ (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014, p. 356, tradução nossa).

Mais ainda, todas as leis positivadas deveriam estar em consonância com a Constituição que cada Estado possui, não podendo violar suas disposições. Mas na prática, eventualmente é possível pensar em casos que as regras positivadas contrariam as disposições constitucionais, em alguma medida, ou pelo menos pode-se argumentar que isso ocorre. Tal possibilidade decorre do fato de, usualmente, as constituições fazerem de uso de vaguezas e generalidades com o propósito de dar alguma liberdade de interpretação frente as demandas sociais.

²⁴ Como, por exemplo, quando uma nova norma é adotada e um fato ainda não foi julgado, assim a lei aplicável torna-se questionável.

²⁵ No original: “Part of the legal controversy is often over which factors can or should be used to argue for an interpretation”.

Mas tal generalidade ou vagueza tem efeitos diversos, fazendo com que alguns argumentos dados ao decidir gerem controvérsias, o que é agravado pelo fato de que “nem todos os argumentos jurídicos sólidos mostram que uma certa decisão legal é exigida pelas normas legais existentes”²⁶ (GARDNER, 2012, p. 189, tradução nossa). Então argumentos em questões constitucionais lidam com considerações não apenas jurídicas, uma vez que muitas disposições constitucionais são sociais e até mesmo morais. Dessa forma, a argumentação em âmbito constitucional tem ainda mais peculiaridades diversas.

²⁶ No original: “Not all sound legal arguments show that a certain legal ruling is required by existing legal norms”.

2 ALGUNS TIPOS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

Para se chegar a uma decisão judicial, argumentada e bem justificada, várias fontes do direito podem ser usadas. O status de tais fontes tende a depender do sistema jurídico e do campo do direito que está sendo discutido, portanto, por exemplo, “[...] em sistemas jurídicos continentais, regras jurídicas codificadas em leis e tratados são fontes do direito que têm, em princípio, um status autoritativo como argumentos para justificar uma decisão legal”²⁷ (FETERIS, 2017, p. 8, tradução nossa). O referido status autoritativo ou obrigatório que aqui se visa destacar inicialmente seria uma característica relevante ao direito como um todo. Uma caracterização dominante de autoridade nos dá suas prescrições que são independentes de conteúdo²⁸, ou seja, sua força ocorre não pelo que estabelece, mas por quem estabelece as prescrições, sua fonte.

Dessa forma, tal caráter autoritativo e obrigatório é consonante com o aspecto institucional do direito apontado no capítulo anterior, sendo característica determinante. Na vida cotidiana, normalmente, tomam-se decisões com base em razões do que seria melhor ou mais adequado, ou seja, por motivos substanciais, enquanto no direito o mesmo não ocorre sempre, sendo preciso seguir o que a autoridade diz simplesmente por ela ser uma autoridade (SCHAUER 2009, p. 63).

O processo de construção de argumentos com base em prescrições de uma autoridade é uma característica importante do direito. Se uma lei, válida e promulgada, diz que é proibido atravessar a rua fora da faixa de segurança, para juristas isso é razão suficiente para que se deva atravessar na faixa de segurança e que tal lei seja feita cumprir pelo estado, ainda que as razões substanciais de cada indivíduo possam apontar considerações para não a seguir.

Tal ponto aqui importa para a apresentação de tipos de argumentos jurídicos, uma vez que argumentos dizendo que algo deve ser feito porque a lei assim determina são bons argumentos. Portanto, quando um promotor diz que um indivíduo deve ser preso por ter cometido um homicídio, e homicídio é um crime previsto na lei, ele está apresentando um argumento, com base na autoridade da lei, que obriga o julgador a condenar o indivíduo. Supondo que essa fosse a primeira

²⁷ No original: “in continental law systems, legal rules codified in statutes and treaties are legal sources that have, in principle, an authoritative status as argument in justifying a legal decision”.

²⁸ Tal categoria pode ser encontrada na obra de Hart (1982, pp. 261-266).

decisão sobre tal tema, as cortes posteriores poderiam estar obrigadas a seguir tal decisão num sistema de *stare decisis*, também por razões de autoridade²⁹.

Seguir o que uma autoridade dispõe é uma característica importante para um julgador, mas também são considerações que podem ser derrotadas. Ainda que tal derrotabilidade não ocorra com frequência na prática, em alguns casos pode-se ver o sentido literal de leis serem afastados ou precedentes serem superados. A argumentação no direito, embora não utilize apenas argumentos pela sua razão de autoridade, dá-lhes um lugar de extrema importância, sempre sendo necessário aparecerem em algum momento de uma decisão judicial, reportando-se a alguma fonte obrigatória e autoritativa do direito para decidir (MACCORMICK, 1993, p. 18).

O exemplo dado por Schauer (2009, p. 66) em que há uma diferença importante entre aprender a fazer algo em um livro e seguir cegamente o que um livro diz, apenas porque está no livro, captura bem o conceito de autoridade existente. Para que uma razão de autoridade esteja em operação não é necessário que haja qualquer tipo de persuasão quanto aos méritos de uma decisão. Razões de autoridade estão presentes no mais diversos argumentos jurídicos, e, portanto, foi importante destacar tal característica aqui.

Posta a importância da autoridade em argumentos no direito, o desenvolvimento do presente capítulo se dará acerca de argumentos que vêm de fontes imediatas e obrigatórias do direito, ou seja, aquelas que o julgador é obrigado a aplicar e não pode ignorar (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016b, p.54). Deste modo, os argumentos que serão apresentados serão a partir da lei e de precedentes judiciais, por comumente constituírem fontes obrigatórias do direito (HAGE, 2017, p. 25).

2.1 ARGUMENTOS JURÍDICOS PELA INTERPRETAÇÃO DE LEIS

Argumentos a partir da lei ocorrem pela consideração do texto existente, seja em uma constituição ou lei ordinária. É possível considerar que “A fonte primária do direito na nossa sociedade são os textos legais”³⁰ (HUHN, 2014, p. 17, tradução nossa). E é comum hoje encontrar cada vez mais provisões legais escritas,

²⁹ Importante destacar que a autoridade no direito, normalmente, é acompanhada da possibilidade de coerção ou uso da força para se fazer cumprir.

³⁰ No original: “The primary source of law in our society is legal text”.

afinal, “Em tempos modernos o texto legal forma a espinha dorsal do direito”³¹ (HUHN, 2014, p. 18, tradução nossa).

Passar do texto de uma fonte do direito para a clara formulação de uma regra nem sempre é um passo simples como aponta Hage (2017, p. 27), sendo muitas vezes necessário um processo de interpretação, que envolve “discernir o sentido de algum texto legal” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016b, p. 70). De forma geral, normalmente inicia-se tomando o texto pelo sentido literal que as palavras proporcionam, ainda que nem sempre deem todas as respostas (SCHAUER, 2009, p. 158). Mas faz-se importante destacar que existem diferentes formas de abordar a interpretação, sendo necessário fazer uma escolha entre elas (SUNSTEIN, 2018, p. 186).

Uma interpretação depende do contexto em que está inserida³². Assim, interpretar uma lei de direito penal é diferente de interpretar uma lei sobre direito civil. O mesmo vale para os papéis que as pessoas desempenham, possivelmente juízes, advogados e promotores interpretam a mesma lei de formas diferentes. Isso significa dizer que há algum grau de discricionariedade na interpretação de um texto legal, ainda que seja apenas na definição do método interpretativo a ser usado em uma legislação.

Por haver uma escolha interpretativa, nenhuma interpretação é auto justificável, fazendo-se necessária a elaboração de um argumento para justificar a escolha. Mas a interpretação da lei tem pelo menos uma considerável limitação, que é a necessidade de um mínimo de fidelidade ao texto que está sendo interpretado. Dentro de tal texto, há diferentes abordagens que podem contar como interpretação. E interpretar é uma atividade que importa, pois é o que “[...] juízes levam em consideração em estabelecer o significado da regra para o caso específico”³³ (FETERIS, 2017, p. 9, tradução nossa).

A primeira forma de interpretação que se visa abordar aqui, pode-se chamar de “textualismo”, em que a visão é que os intérpretes devem se prender ao simples significado ordinário das palavras que compõem uma legislação, dando menos peso,

³¹ No original: “In modern times, legal text forms the backbone of the law”.

³² Isso também implica também dizer que as legislações não são a única fonte do direito que precisam de interpretação, por exemplo, contratos, precedentes ou até mesmo a doutrina precisam ser interpretados. Mas visa-se aqui a interpretação de legislações (ou estatutos, do inglês *statutory interpretation*), uma vez que “a maioria das teorias sobre interpretação jurídica preocupa-se com os métodos de interpretação estatutária” (FETERIS, 2017, p. 9).

³³ No original: “[...]judges take into account in establishing the meaning of the rule for the specific case”.

ou peso nenhum, a outras formas de interpretação, em que o texto tem prioridade, como aponta Sunstein (2018, p. 204). Tal método também pode ser chamado de formalista (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016b, p. 75).

A linguagem expressa em uma legislação pode exprimir regras claras, como por exemplo, “é proibido o consumo de bebidas alcóolicas por menores de 18 anos”; ou que estabeleça um *standard*, que pode ser visto de forma diferente dependendo do tempo, local e circunstância em que é lido, como por exemplo, a ideia do “melhor interesse da criança”, aplicável em casos sobre atribuição de guarda parental. Embora os casos sejam diferentes, o texto sempre dá pelo menos o ponto de partida.

Para interpretar o texto é necessário o uso de entendimentos comuns da linguagem, não necessariamente utilizando apenas as definições que se dão por dicionários, pois, as palavras as vezes são usadas em contextos que a mera leitura do significado, dado pelo dicionário, pode não refletir o significado contextual visado. Ainda que o texto da lei seja a forma mais direta de guia da ação do julgador, cabe-se destacar que:

Existem os casos em que a linguagem legislativa em si fornece uma resposta plausível, aqueles em que a linguagem não fornece uma resposta, e aqueles em que a linguagem fornece uma resposta ruim - uma resposta que pode colidir com a intenção legislativa, com o propósito do estatuto, ou com algum sentido mais geral do resultado certo.³⁴ (SCHAUER, 2009, p. 157, tradução nossa)

Pela linguagem usada nas legislações poder ser ambígua e não dar uma resposta direta, por exemplo, usando palavras como “excessivo” ou “razoável” ou “melhor interesse”, faz-se necessário para o juiz olhar além do simples texto, mas isso não significa que a lei não ofereça nenhuma forma de guiar-se. O exemplo dado por Hart (1994, pp. 125–126), de uma proibição a veículos em um parque ilustra como a legislação tem núcleos de significados já estabelecidos, afinal, todos concordariam que um carro e ou caminhão seriam veículos enquadrados em tal proibição. Mas há também casos de penumbra, em que há aplicações controversas. Por exemplo, estariam skates ou bicicletas proibidas no parque?

³⁴ No original: “There are the cases in which the statutory language itself provides a plausible answer, those in which the language does not provide an answer, and those in which the language provides a bad answer— an answer that may clash with the legislative intent, with the purpose of the statute, or with some more general sense of the right result”.

Uma das formas de resolver tal situação seria interpretar a norma com base no propósito ou intenção da legislação, tal interpretação pode ser chamada de teleológica-subjetiva. Para tanto, “[...] um intérprete olha o propósito da regra, podendo reverter para a intenção do legislador que formulou a regra”³⁵ (HAGE, 2017, p. 27, tradução nossa). É ainda controverso se determinar o propósito de uma legislação deveria ocorrer com base na história da legislação, como os debates que explicitam o que os legisladores pensavam, ou pareceres dos comitês que analisam a lei.

Tal análise é complexa, pois diferentes legisladores podem apresentar diferentes razões para que uma lei seja promulgada. Portanto, é difícil pensar um único propósito para uma lei, assim sendo necessário muitas vezes que o juiz construa o propósito em vez de apenas buscá-lo nas fontes, que seria a forma teleológica-objetiva, considerada menos institucional (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016b, p. 77).

Outro ponto importante destacado por Sunstein (2018, p. 211), é que o propósito, como regra geral, não deve triunfar sobre a textualidade – a não ser em casos absurdos – afinal, a história não fora toda positivada, mas a lei sim, ressaltando que:

O texto é real; é um objeto. A história legislativa é real também (para todos os seus problemas). Mas propósitos não são coisas. O propósito de muitos textos pode ser caracterizado de maneiras diferentes, e quando advogados e juízes escolhem um caminho, é porque esse caminho parece melhor ou mais sensato para eles.³⁶ (SUNSTEIN, 2018, p. 214, tradução nossa)

Às vezes, uma lei pode por ela mesma estabelecer seu propósito em algum dos seus dispositivos, como por exemplo, podendo dizer “esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”³⁷. Mas nem sempre uma lei é tão clara ou objetiva quanto ao seu propósito, e, portanto, é necessário avaliá-la para poder construir uma interpretação adequada.

No caso apresentado por Hart, a proibição de veículos poderia ser analisada pelo propósito da proibição, por exemplo, se a lei visasse proteger

³⁵ No original: “When an interpreter looks at the purpose of a rule, she may revert to the intention of the legislator who formulated the rule”.

³⁶ No original: “The text is real; it is an object. The legislative history is real too (for all its problems). But purposes are not things. The purpose of many texts can be characterized in different ways, and when lawyers and judges choose one way, it is because that way seems best or most sensible to them”.

³⁷ Isso também pode ser considerado como interpretação intratextual, quando se utiliza uma parte de um texto da lei para interpretar outra parte (HUHN, 2014, p. 25).

pedestres, talvez bicicletas poderiam ser proibidas. Supondo que o propósito da lei não estivesse claro ou aparente, seria por meio da discricionariedade que o juiz viria a determinar a interpretação correta nesse caso de penumbra. Um pedestre certamente não se enquadraria na regra de proibição de veículos, enquanto um caminhão sim. Mas existirão casos em que terá de se construir argumentos para se permitir ou não alguns objetos, como skates e bicicletas.

Casos difíceis podem ocorrer com base em uma indeterminação linguística, como no caso dos veículos, ou quando a disposição literal da regra pode gerar um resultado controverso ou absurdo. Tais casos são difíceis não pela indeterminação da linguagem, mas sim porque a resposta que o texto providencia não é adequada.

Imagine uma lei que limita a velocidade de carros a 40 quilômetros por hora em perímetro urbano, com pena de multa em caso de desobediência. Então, um jovem passa dirigindo a 80 quilômetros por hora na cidade, por estar com uma pessoa em estado grave ao seu lado.

Dessa forma, temos um contexto prático que torna sua ação justificada e pode derrotar a norma. Na prática, o texto legal pode ser derrotado, mas faz-se necessário apresentar um argumento para deixar claro que a aplicação da regra não seria adequada. Por que isso importa no presente momento? Pelo fato de que se pode considerar que o texto de uma lei não deva gerar um resultado absurdo (SUNSTEIN, 2018, p. 206). Portanto, punir o jovem no caso concreto do exemplo acima não seria desejável, ainda que a regra escrita assim convocasse. Portanto, o julgador usaria algum argumento para justificar porque a regra não deve ser aplicada (FETERIS, 2017, p. 10).

O ponto que se visa deixar claro aqui é que a simples linguagem das leis não é suficiente para dar todas as respostas necessárias frente aos casos concretos, fazendo-se indispensável que julgadores olhem diferentes fontes de interpretação para atingir um resultado adequado, não havendo uma melhor fonte de interpretação. Porém, a que tipo de interpretação os julgadores **devem** recorrer ainda segue disputado, como aponta Schauer (2009, p. 163).

Nas mencionadas possibilidades de dúvidas quanto à interpretação de uma legislação, é necessário apresentar argumentos sobre a interpretação, a fim de justificar a escolha realizada. Não há forma exclusiva de apresentar tais argumentos, podendo haver diferentes formas na prática. A proposta de representação de tais argumentos de interpretação legislativa de Walton e Macagno (2017) em formas de

esquemas argumentativos pode ser útil para demonstrar como pode-se apresentar tais argumentos. Os autores elencam categorias genéricas de argumentos de interpretação que ocorrem no direito³⁸, a se saber:

1. Argumento da Exclusão do que não é declarado (Argumentos *A Contrario*). Na falta de quaisquer outras regras explícitas, se uma regra atribuir qualquer qualificação normativa a um indivíduo ou a uma categoria de indivíduos, qualquer regra adicional que atribua a mesma qualidade a qualquer outro indivíduo ou categoria de indivíduos deve ser excluída.
2. Argumento de Analogia (requerendo a similaridade de significado entre provisões similares)
 - a. Estendendo uma Categoria para um Caso Similar (*Analogia Legis*). A aplicação de uma lei escrita aplicada ao caso C deve ser aplicada a um caso D diferente e semelhante.
 - b. Argumento dos Princípios Gerais (*Analogia Iuris*). Um princípio de direito abstrato e não-expresso, do qual a lei declarada é elaborada, é aplicado a um caso diferente.
3. Argumento *a fortiori*. Se uma regra atribui qualquer qualificação normativa Q a um indivíduo ou a uma categoria de indivíduos C, pode-se concluir que existe uma regra diferente que atribui Q a outro indivíduo ou outra categoria de indivíduos D, com base no fato de que na situação específica Q será tanto mais atribuído a D.
4. Argumentos Autoritativos:
 - a. O argumento psicológico. A uma declaração de lei deve ser atribuído o significado que corresponde à intenção de seu redator ou autor, ou seja, o legislador histórico.
 - b. O argumento histórico. Uma declaração de lei deve ser interpretada de acordo com a interpretação que foi desenvolvida historicamente.
 - c. O argumento autoritativos. Uma declaração de lei deve ser interpretada de acordo com uma interpretação anterior, ou melhor, com a autoridade do produto de uma interpretação anterior.
 - d. O argumento naturalista (ou argumento de significado natural). Um termo deve ser interpretado de acordo com a “natureza” comumente aceita das coisas (ou sua definição comumente usada).
5. O Argumento da Absurdidade (*Reductio ad Absurdum*). As possíveis interpretações de uma declaração de lei que levem a uma regra irracional ou “absurda” devem ser rejeitadas.
6. Argumento Equitativo. Interpretações que levam a consequências (não) razoáveis ou (in) justas devem ser (excluídas) aceitas.
7. Argumento da Coerência do Direito. O sistema legal é completo e sem lacunas; portanto, a partir da falta de uma regra específica que rege um caso, é possível inferir a existência de uma genérica atribuindo uma qualificação legal a tal caso.
8. O argumento teleológico (ou intencional). Uma declaração de lei deve ser dada a interpretação que corresponde à sua finalidade pretendida.
9. O Argumento Econômico. O intérprete precisa excluir uma interpretação de uma declaração de lei que corresponda ao significado de outra declaração de lei (previamente promulgada ou hierarquicamente superior), pois o legislador não pode emitir uma declaração de lei inútil.
10. O Argumento Sistemático. Se um termo tem um certo significado em uma declaração de lei, tal termo deveria ser interpretado como tendo tal significado em todas as declarações de lei em que aparece.

³⁸ Importante destacar que tal lista não é arbitrária, mas criada a partir de outras listas propostas por relevantes autores do tema, como Neil MacCormick, Robert Summers e Giovanni Tarello.

11. Argumentos da integralidade da lei. Se um termo tem um certo significado em uma declaração de lei, tal termo deve ser interpretado como tendo tal significado em todas as declarações de direito em que aparece.³⁹ (MACAGNO; WALTON, 2017, pp. 3-4, tradução nossa)

Para os propósitos do presente capítulo, os argumentos dos pontos 4, 5 e 8 são deveras úteis, uma vez que foram os pontos desenvolvidos anteriormente aqui. Portanto, exemplificar-se-á a partir dos esquemas argumentativos de Walton e Macagno (2017) como pode-se apresentar argumentos de interpretação legislativa. A demonstração ocorrerá a partir de um padrão denominado esquema argumentativo, que “[...] traz à luz o princípio semântico que conecta as premissas e as conclusões e a estrutura lógica da inferência”⁴⁰ (MACAGNO; WALTON, 2017, p. 4). Os esquemas possibilitam visualizar o argumento e avaliar sua força por serem acompanhados de perguntas críticas.

De forma geral, pode-se definir esquemas argumentativos como representação de um tipo de argumento (KATZAV; REED, 2004, p. 249), em que “[...] são as formas de argumentação (estruturas de inferência) que permitem identificar e avaliar tipos comuns de argumentação no discurso cotidiano”⁴¹ (WALTON, REED; MACAGNO 2008, p. 11, tradução nossa). Tais argumentos se desenvolvem a partir das relações semânticas entre os conceitos ou proposições envolvidas, combinando com um tipo de raciocínio (podendo ser dedutivo, indutivo, abdutivo etc).

³⁹ No original: “1. Argument from ordinary meaning. If a statutory provision can be interpreted according to the meaning that a native speaker of a given language would ascribe to it, then it should be interpreted in this way, unless there is a reason to the contrary. 2. Argument from technical meaning. If a technical term appears within a statutory provision, then such a technical term should be interpreted considering its technical meaning. 3. Argument from contextual harmonization. If a term is part of a statute or set of statutes, then it should be interpreted in line with whole statute or set. 4. Argument from precedent. If a term has a previous has a previous judicial interpretation, then it should be interpreted to fit that previous interpretation. 5. Argument from analogy. If a term is analogous to similar provisions of other statutes, then it should be interpreted to preserve the similarity of meaning. 6. Argument from a legal concept. A term should be interpreted in line with the way it has been previously recognized and doctrinally elaborated in law. 7. Argument from general principles. A term should be interpreted in a way that is most in conformity with these general legal principles already established. 8. Argument from history. A term should be interpreted in line with the historically evolved understanding of it that has evolved over time. 9. Argument from purpose. A term should be interpreted in a way that fits the purpose can be ascribed to a statutory provision, or a whole statute, as applied to the case at issue. 10. Argument from substantive reasons. A term should be interpreted in line with a goal that is fundamentally important to the legal order. 11. Argument from intention. A term should be interpreted in line with any applicable legislative intention concerning the concerned statutory provision that can be identified”.

⁴⁰ No original: “bring to light the semantic principle connecting the premises and the conclusions and the logical structure of the inference”.

⁴¹ No original “are forms of argument (structures of inference) that represent structures of common types of argument is used in everyday discourse”.

No contexto jurídico, os esquemas de argumentos podem providenciar padrões abstratos de representação de argumentos que podem apoiar ou atacar uma conclusão ou decisão. É importante destacar que tais argumentos não precisam ser baseados em proposições verdadeiras ou mesmo atingir conclusões verdadeiras, mas a relação entre premissas e conclusão deve ser logicamente adequada. Pode-se exemplificar pelo seguinte esquema, representado em forma de um *modus ponens* derrotável:

Se uma frase\termo X tiver a propriedade P, então a X deve (ou não) ser dado o significando M.
Esta frase\termo X tem a propriedade P.
Portanto, a X deve (ou não) ser dado o significado M.⁴² (MACAGNO; WALTON, 2017, p. 6, tradução nossa)

O esquema acima usa uma estrutura de inferência genérica que argumentos interpretativos podem ter. Pode-se dar o seguinte exemplo fictício:

Se uma frase “proteção integral à criança e ao adolescente” (termo X) tiver a propriedade de gerar um resultado absurdo quando entendida de forma relativa (propriedade P), então a “proteção integral à criança e ao adolescente” (termo X) deve ser dado o significado de proteção absoluta, total, não restringível em relação a qualquer outro interesse juridicamente tutelado (significado M).

A frase “proteção integral à criança e ao adolescente” (termo X) tem a propriedade de gerar um resultado absurdo quando entendida de forma relativa (propriedade P).

Portanto, “proteção integral à criança e ao adolescente” (termo X) deve ser dado o significado de proteção absoluta, total, não restringível em relação a qualquer outro interesse juridicamente tutelado (significado M).

Entretanto, é possível substituir tal esquema genérico por outros mais específicos conforme a interpretação visada, isso torna possível dar uma maior especificidade à interpretação. O primeiro ponto que se demonstrará é pelo que Macagno e Walton identificam como argumento teleológico ou pelo propósito da lei, em que o intérprete tenta reconstruir o propósito pelo qual uma determinada

⁴² No original: “If a sentence\term X has the property P, then X should (not) be given meaning M. This sentence\term X has the property P. Therefore X should (not) be given meaning M”.

legislação fora promulgada, indo além do texto, podendo ser exemplificada num esquema de argumentos a partir da razão prática, como se segue:

“Premissa Maior: Eu tenho uma finalidade G.

Premissa Menor: Realizar esta ação A é um meio para realizar G.

Conclusão: Portanto, eu devo (praticamente falando) realizar esta ação A”⁴³
(WALTON; REED; MACAGNO. 2008, p. 323).

Pode-se exemplificar da seguinte forma:

O artigo 165 do Código Brasileiro de Trânsito tem a finalidade de punir o motorista que não estava em condições de dirigir por fazer uso de substâncias (finalidade G).

Interpretar barbitúricos como substâncias que retiram as condições de dirigir (ação A) é um meio de punir o motorista (realizar G).

Portanto, eu devo (praticamente falando) interpretar os barbitúricos como substâncias que retiram as condições de dirigir (ação A).

É importante destacar que a finalidade elencada no argumento é aquela que o julgador pode atribuir a legislação. E por isso o exemplo dado teve uma estrutura diferente em relação ao esquema, precisou ser adaptado, pois, o esquema atribui a finalidade ao agente, e não a legislação. Isso se faz importante de destacar, uma vez que, o esquema apresentado pelos autores não é um esquema que serve para representar apenas argumentos teleológicos sobre a interpretação legislativa, mas sim um, outro tipo de argumento teleológico mais geral.

Aqui parece pertinente apontar como o esquema acima parece ter pouca relação com o esquema geral de interpretação legislativa proposto pelos autores anteriormente. Por isso sugere-se o seguinte esquema, que parece se reportar mais adequadamente ao esquema geral e mesmo assim dar conta de argumentos teleológicos para os propósitos de interpretação legislativa:

⁴³ No original: “Major Premise: I have a goal G. Minor Premise: Carrying out this action A is a means to realize G. Conclusion: Therefore, I ought (practically speaking) to carry out this action A”.

Se uma frase\termo X tiver a finalidade P, então a X deve (ou não) ser dado o significando M.

Esta frase\termo X tem a finalidade P.

Portanto, a X deve (ou não) ser dado o significado M.

E exemplifica-se assim:

Se a frase “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (artigo 165 do Código Brasileiro de Trânsito [frase X]) tiver a finalidade de punir o motorista que não estava em condições de dirigir por fazer uso de substâncias (finalidade P), então a “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” deve ser dado o significado de quaisquer substâncias, até mesmo as lícitas (significado M).

A frase “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (frase X) tem a finalidade de punir o motorista que não estava em condições de dirigir por fazer uso de substâncias (finalidade P).

Portanto, a “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (frase X) deve ser dado o significado de quaisquer substâncias, até mesmo as lícitas.

Outro argumento que se destaca aqui são argumentos *Reductio ad Absurdum*, em que uma interpretação pode levar a um resultado absurdo. O argumento é baseado nos possíveis resultados, e, portanto, também pode ser chamado de argumento a partir das consequências, que tem como estrutura geral:

PREMISSA 1: Se A for trazido, boas (más) consequências plausivelmente ocorrerão.

PREMISSA 2: O que leva a boas (más) consequências deve ser (ou não) trazido.

CONCLUSÃO: Portanto, A deve ser (ou não) trazido. ⁴⁴ (MACAGNO; WALTON, 2017, pp. 19-20, tradução nossa)

⁴⁴ No original: “PREMISE 1: If A is brought about, good (bad) consequences will plausibly occur. PREMISE 2: What leads to good (bad) consequences shall be (not) brought about. CONCLUSION: Therefore A should be (not) brought about”.

O argumento visa demonstrar que se a lei for aplicada, nos termos dispostos, levará a um resultado inaceitável, por diferentes razões. Entende-se que um legislador racional não estaria visando algumas determinadas possíveis aplicações das leis, que levariam a resultados absurdos ou não razoáveis. Tal argumento apenas exclui ou destrói algumas possibilidades de interpretação das leis. A problemática ocorre na medida em que o que se pode considerar absurdo é discutível, e, portanto, ambíguo, mas de forma geral, resultados absurdos normalmente são dados por critérios práticos ou éticos. Pode-se exemplificar, retomando o caso do limite de velocidade de carros a 40 quilômetros por hora em perímetro urbano, com pena de multa em caso de desobediência, em que um jovem passa dirigindo a 80 quilômetros por hora na cidade, por estar com uma pessoa em estado grave ao seu lado:

Se a pena de multa (A) for trazida más consequências plausivelmente ocorrerão.

O que leva a más consequências não deve ser trazido.

Portanto, a pena de multa (A) não deve ser trazida.

O exemplo demonstra como, em virtude de um possível resultado absurdo, deve-se evitar a interpretação literal dos fatos sobre a lei para evitar uma consequência negativa, ou no caso, uma punição não realmente merecida, uma vez que há considerações que podem derrotar a letra da lei.

Entretanto, o esquema parece ter uma relação apenas indireta com o uso de *reductio* no plano da interpretação legislativa. E os autores não dão um esquema que represente diretamente o *reductio* em tal plano. Mantendo em mente o esquema geral, pode-se indicar algumas alterações que melhor atendam o propósito do argumento:

Se a frase X tem a propriedade de gerar más consequências quando interpretada literalmente, ela não deve ser interpretada literalmente.

A frase X gera más consequências se interpretada literalmente.

Logo a frase X não deve ser interpretada literalmente.

Também pode-se exemplificar assim:

Se a frase “o limite de velocidade em perímetro urbano é de 40 quilômetros por hora, sob pena de multa caso de desobediência” (frase X) tem a propriedade de gerar más consequências quando interpretada literalmente, ela não deve ser interpretada literalmente.

A frase “o limite de velocidade em perímetro urbano é de 40 quilômetros por hora, sob pena de multa caso de desobediência” (frase X) gera más consequências quanto interpretada literalmente.

Logo a frase “o limite de velocidade em perímetro urbano é de 40 quilômetros por hora, sob pena de multa caso de desobediência” (frase X) não deve ser interpretada literalmente.

Sugere-se a alteração porque é preciso que o esquema para cada tipo de argumento interpretativo faça referência a frases/termos na lei, assim como aponta o esquema geral de Macagno e Walton (2017). Caso contrário, não seria um genuíno esquema para argumentos relativos à interpretação da lei, uma vez que, quando a lei está sendo interpretada, o foco (mesmo que apenas inicial) é o texto e suas propriedades (gramaticais, históricas, sistemáticas etc.). No exemplo dado, não seria dada a aplicação literal da norma, afastando a pena da multa, fazendo-se necessário afastar a punição ao jovem para não gerar um resultado absurdo.

Outro argumento que aqui destacou-se e exemplifica-se é o que Walton e Macagno identificam como argumentos de autoridade, nas suas diferentes formas - intenção do legislador, interpretação histórica, interpretação de acordo com interpretação anteriores, interpretação por argumentos naturalistas. Aqui, exemplificar-se-á argumentos de interpretação com base na intenção do legislador, uma vez que seu conceito foi desenvolvido anteriormente no presente capítulo. Pode-se atribuir a tal argumento o seguinte esquema:

Premissa Menor: A fonte L é uma autoridade envolvida em (aprovar, redigir, alterar) a declaração de lei A.

Premissa Maior: L (aprovou, redigiu, alterou) a proposição A pretendendo A1.

Premissa Condicional: Se a fonte L for uma autoridade envolvida em (aprovar, redigir, alterar) a declaração de lei A, e L pretendia a interpretação A1, então A1 pode plausivelmente ser considerada a interpretação correta.

Conclusão: A1 pode plausivelmente ser considerado a interpretação correta.⁴⁵ (MACAGNO; WALTON, 2017, p. 15, grifo do autor, tradução nossa)

É importante destacar que nas perspectivas de Walton e Macagno (2017) usar o argumento de intenção do legislador implica em reconhecer o legislador como forma de autoridade – que chamam de autoridade administrativa, que pode ser comparada a um tipo de autoridade prática. O esquema acima demonstrado seria a forma mais detalhada de se especificar um argumento de interpretação com base na intenção do legislador. Para torna-lo mais palpável, a seguir dá-se um exemplo fictício:

A fonte “partido democrata” é uma autoridade envolvida em redigir a declaração de lei “proteção integral à criança e ao adolescente” (premissa menor).

O partido democrata redigiu a proposição “proteção integral à criança e ao adolescente” pretendendo que proteção integral fosse proteção total, não restringível em relação a qualquer outro interesse juridicamente tutelado (premissa maior).

Se a “fonte partido democrata” foi uma autoridade envolvida em redigir a declaração de lei proteção integral à criança e ao adolescente, e o partido democrata pretendia a interpretação de proteção integral como proteção total, não restringível em relação a qualquer outro interesse juridicamente tutelado, então proteção total, não restringível em relação a qualquer outro interesse juridicamente tutelado pode ser considerada a interpretação correta (premissa condicional).

Proteção total, não restringível em relação a qualquer outro interesse juridicamente tutelado pode plausivelmente ser considerada a interpretação correta (conclusão).

Visou-se aqui aplicar os esquemas em relação a casos hipotéticos de modo a segui-los o mais fielmente possível, entretanto, na prática jurídica talvez seja mais interessante adaptar o argumento conforme as necessidades de coerência e coesão textual. Questões textuais à parte, cabe trazer alguns questionamentos quanto a aceitabilidade do esquema proposto. Como dito anteriormente, tais esquemas são

⁴⁵ No original: “Minor Premise: Source L is an authority involved in (passing, drafting, amending) the statement of law A. Major Premise: L (passed, drafted, amended) proposition A intending A1. Conditional Premise: If source L is an authority involved in (passing, drafting, amending) the statement of law A, and L intended the interpretation A1, then A1 may plausibly be taken to be right interpretation. Conclusion: A1 may plausibly be taken to be the right interpretation”.

derrotáveis, isso significa que podem ter sua adequação testada a partir de perguntas críticas, a se saber:

1. Questão da Autoridade: Será L considerada uma autoridade (a lei é independente da vontade do legislador)?
2. Questão do papel: Quem é L (a maioria, os mais influentes, os representantes) e que papel desempenhou?
3. Pergunta de Opinião: O que L afirmou que implica A1?
4. Questão de Consistência: A1 é consistente com a intenção de outros Ls que passaram a mesma lei?
5. Questão de Coerência: A1 leva a qualquer antinomia ou incoerência no sistema jurídico?⁴⁶ (WALTON; MACAGNO, 2017, p. 16, tradução nossa)

Tais questões ajudam a avaliar se o argumento de intenção do legislador fora adequadamente formulado - também podendo haver perguntas críticas para os esquemas de argumentos trazidos anteriormente. Se o argumento conseguir dar respostas as perguntas críticas, pode-se entender que ele fora desenvolvido de forma adequada. As perguntas críticas são importantes, pois tem um papel de avaliar o argumento elencado, levantam pontos sobre o argumento que requerem maiores explanações, que podem derrota-lo se não respondidas (ainda que temporariamente até a resposta ser apresentada).

As respostas para as perguntas críticas tornam-se condições para a aceitabilidade de tais argumentos a partir dos esquemas (WALTON; GODDEN, 2005, p. 477). Pensar no contexto jurídico prático faz com que nem sempre as respostas para tais perguntas possam ser alcançadas, uma vez que, por exemplo, podem acabar os recursos de uma parte.

Mais ainda, é importante salientar que “algumas estruturas de diálogo (direito, por exemplo) operam com uma noção de inferência pela qual uma inferência permite, em vez de exige, a extração de uma conclusão a partir de certas premissas”⁴⁷ (WALTON; GODDEN, 2005, p. 478, tradução nossa).

A regra geral é que as perguntas críticas providenciem os critérios para a aceitabilidade dos esquemas de argumentos, mas nem sempre será condição necessária, em todos os casos, que todas as perguntas sejam respondidas para que

⁴⁶ No original: “1. Authority Question: Shall L be considered as an authority (the law is independent from the will of the legislator)? 2. Role Question: Who is L (the majority, the most influential, the representatives) and what role has he played? 3. Opinion Question: What did L assert that implies A1? 4. Consistency Question: Is A1 consistent with the intention of other Ls that passed the same law? 5. Coherence Question: Does A1 lead to any antinomy or incoherence in the legal system?”

⁴⁷ No original: “Some frameworks of dialogue (law, for example) operate with a notion of inference whereby an inference permits, rather than requires, the drawing of a conclusion from certain premises”.

a conclusão possa ser aceita, como no caso do direito. Os esquemas têm peso em suas conclusões com base em razões que sempre podem ser derrotadas à luz de novas informações ou evidências. Portanto, tais esquemas nunca serão absolutos ou finais, mas sim fechados em alguns contextos em relação às informações disponíveis (WALTON; GODDEN, 2005, p. 479).

No caso das perguntas críticas apresentadas em relação ao esquema de argumento sobre intenção do legislador, as perguntas enfrentam questões como a determinação se o legislador realmente era uma autoridade, se tal autoridade reflete de fato uma intenção coletiva, ou seja, pontos controversos que podem afetar o argumento. Portanto, fica visível aqui uma possibilidade de construir argumentos a partir da interpretação da lei, bem como de avaliá-los para testar sua adequação.

2.2 O USO DE ARGUMENTOS POR PRECEDENTES

O uso dos precedentes como fontes obrigatórias do direito se dá na doutrina do *stare decisis*, que é uma abreviação da máxima *stare decisis et non quieta movere*, significando respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido. Essa doutrina é diretamente ligada a uma corte estar obrigada a seguir decisões tomadas anteriormente.

É notável como em sistemas da *common law* existem áreas centrais do direito que não são baseadas na legislação no sentido tradicional, ou em uma compreensão clássica do papel de cada um dos poderes. A partir disso, é necessário entender as decisões judiciais como a base na *common law*, embora na prática hoje já existem também extensas legislações.

Exemplifica-se a questão dos precedentes por sistemas de *common law* por terem uma tradição histórica mais ligada à doutrina do *stare decisis* e, portanto, possuírem uma prática mais vasta. As tradições do *civil law* e do *common law* têm suas raízes em circunstâncias muito diferentes, o que implica em sistemas jurídicos distintos, com instituições e conceitos particulares.

Mas deve-se notar aqui que isso já pode ser considerado como uma prática relativizada e que a figura dos precedentes já existe de diferentes maneiras em sistemas de *civil law*, e que as diferenças usualmente trabalhadas de um sistema

altamente codificado e outro muito decisional já podem ser mais caricatas do que reflexo das práticas reais⁴⁸.

Em sistemas de *Common Law*, os precedentes são formas de autoridade estabelecidas em casos anteriores e podem ser vinculativos e obrigatórios ou usados apenas como uma forma de persuasão para os juízes. Decisões tomadas em casos anteriores são valorizadas. Portanto, os precedentes obrigatórios têm o mesmo valor legal que outras leis, códigos ou regulamentos – o que não significa dizer que precedentes *contra legem* são permitidos.

Nessa tradição, um tribunal decide as normas aplicáveis ao caso em questão, não apenas pela interpretação da legislação vigente, mas também pela aplicação de casos anteriores previamente resolvidos, os precedentes. Assim, a prática do *stare decisis* é algo mais comumente visto nos sistemas de *common law*. Os tribunais inferiores têm a obrigação de seguir o que já foi ordenado pelos tribunais superiores. Um tribunal de primeira instância deve seguir as decisões da segunda instância, e ambos são obrigados a seguir os precedentes das decisões de uma corte superior, caso em que apenas essa pode dar uma decisão que claramente desvia de suas decisões anteriores. Dessa maneira, fica claro que os precedentes usam a lógica de autoridade.

Isso não significa que os tribunais superiores intervenham diretamente na prática jurídica dos tribunais inferiores, ou mesmo modifiquem suas decisões por iniciativa própria. Vale a pena notar o papel das partes em apelar e tentar reverter a posição dada pelos tribunais inferiores em caso de conflito com as decisões de nível hierárquico superior, fornecendo os argumentos necessários.

Portanto, se não houver recurso, mesmo que um juiz decida contra um precedente, a decisão é válida. A hierarquia mencionada opera verticalmente: os tribunais são obrigados a seguir os precedentes dos tribunais superiores. Mas também há as disposições relativas à horizontalidade, porque os juízes, embora muitas vezes não diretamente relacionados, devem respeitar as decisões judiciais anteriores em níveis semelhantes aos seus, bem como decisões anteriores do seu próprio tribunal.

⁴⁸ Nesse sentido, Schauer (2009, pp. 105-106) aponta uma crescente convergência entre os sistemas, com a prática jurídica criando cada vez mais em sistemas de *civil law*, ao mesmo passo em que há muitas codificações extensas em países de *common law*.

Da perspectiva da corte que está obrigada a seguir um precedente, a doutrina do *stare decisis* apresenta vantagens interessantes de aumentar a eficiência decisional. Uma prática jurisdicional na qual todos os tipos de argumentos estão constantemente sujeitos a reajustes seria impraticável, já que exigiria não apenas um esforço considerável, mas também a morosidade nas decisões a serem tomadas. Em geral, o grande número de pedidos a um número reduzido de juízes já é um problema de difícil solução.

Ao reduzir o número de tópicos e casos a serem avaliados, precedentes também pode ajudar a garantir que o juiz tenha tempo para se concentrar e lidar com os problemas com mais detalhes. Como resultado, os precedentes também podem facilitar as decisões judiciais promovendo a "sustentabilidade" da prática, exigindo menos tempo para o juiz avaliar algumas questões.

Não cabe a um tribunal inferior decidir de forma contrária a um precedente vinculante, mesmo que os juízes discordem da correção da decisão, expressando apenas sua esperança de que os tribunais superiores mudem essa interpretação. No curso de um processo, o tribunal pode vir a observar que o precedente em questão pode obscurecer o julgamento, então deve justificar a não aplicação, expondo as diferenças entre os casos.

Tendo em mente a recorribilidade das decisões judiciais, se um precedente não é aplicado, há espaço para as cortes superiores apreciarem a questão e se manifestarem se há concordância com a decisão atingida pelos julgadores hierarquicamente inferiores ou não. Isso abre até mesmo a possibilidade de a corte rever sua decisão que gerou tal precedente em primeiro lugar, causando a reversão.

Tal decisão, mudando o entendimento, pode gerar um novo precedente. Também é possível a um tribunal distinguir o caso em questão de um possível precedente, para chegar a uma conclusão diferente do caso similar ou análogo. A dificuldade encontrada neste mecanismo é a validação, que é necessária, de tal entendimento em caso de recurso para o tribunal ou corte superior.

Deve-se notar que nem todos os casos citados em uma decisão judicial são em si mesmos um precedente. É comum que juízes se refiram a outras decisões como um meio de persuasão para chegar a uma conclusão, dessa forma "o precedente persuasivo não chegava a constituir efetivamente uma norma propriamente dita" (MITIDIERO, 2017, p. 35). Essas fontes de persuasão podem derivar da doutrina, de opiniões judiciais ou mesmo de decisões anteriores de outros tribunais (hie-

rarquicamente superiores ou inferiores, ou mesmo de outros sistemas legais). Existem precedentes de persuasão, que não possuem obrigatoriedade ou força vinculante, mas que podem trazer dados relevantes e úteis para tomar uma decisão judicial, que pode vir a ser um novo precedente.

O entendimento mais comum em relação à aplicação dos precedentes é que uma decisão judicial que constituirá um precedente terá uma *ratio decidendi*, uma razão para a decisão tomada pela maioria, na forma de uma regra, que pode ser retirada da decisão. Essa razão seria o essencial a se seguir em casos posteriores. Embora o raciocínio em torno da aplicação tenha diferentes visões, no geral é “[...] uma forma de raciocínio com regras”⁴⁹ (LAMOND, 2014, p. 571).

A outra abordagem mais conhecida em relação a aplicação de precedentes é uma forma de analogia, em que o juiz compara o precedente e o caso presente. Se eles foram juridicamente iguais ou muito semelhantes, então o precedente deve ser seguido. Pode-se dizer que casos são juridicamente iguais ou semelhantes quando há semelhanças jurídicas e poucas ou nenhuma diferença juridicamente relevante. De toda forma, não há consenso quanto ao raciocínio empregado no uso de precedentes, e por isso introduz-se aqui um pouco desse debate existente, apresentando ambas as possibilidades.

O entendimento mais direto da aplicação de precedentes como regras traz que o julgador trate um precedente da mesma maneira como trata a legislação. A diferença entre as fontes seria de que em vez de interpretar a lei para determinar seu significado, interpretam o caso precedente para definir sua *ratio*, e a regra jurídica que pode ser extraída dela.

O primeiro passo a ser tomado seria identificar corretamente a regra no precedente, que possivelmente seria usado como premissa num argumento dedutivo, sendo a outra premissa factual sobre o caso em questão. Pode-se representar o esquema da seguinte forma:

A opinião do precedente A pode ser interpretada como fornecendo uma regra legal da forma (Se um caso B tiver propriedades n1, n2, -> a decisão Y deve ser alcançada.)
Portanto, se um caso B tiver propriedades n1, n2 -> decisão Y deverá ser alcançada.

Se um caso B tiver propriedades n1, n2 -> decisão Y deve ser alcançada. O caso B1 tem propriedades n1, n2.

⁴⁹ No original: “[...] a form of reasoning with rules”.

Portanto, a decisão Y deve ser alcançada.⁵⁰ (STEVENS, 2018, p. 222, tradução nossa)

Tal regra que é encontrada no precedente é obrigatória e deve ser cumprida. O principal passo no modelo de argumento que usa uma *ratio decidendi* é definir a regra legal a ser aplicada. Uma vez ela estando clara, a aplicação de um argumento num esquema dedutivo se faz suficiente para atingir uma conclusão. As principais questões, e até mesmo perguntas críticas que podem ser feitas giram em torno de se a melhor interpretação do precedente fora feita, se a regra é adequada, se o caso que está sendo julgado agora tem as propriedades essenciais que fazem com que a regra definida se aplique a ele, e então passa-se a checar a validade do argumento dedutivo empregado.

A formulação de regras para precedentes deve determinar todos os casos que de fato se enquadram na formulação, dando o máximo de certeza possível à regra e determinando quando essa deverá ser aplicada. Ocorrem complexidades uma vez que o julgador tem alguma liberdade de distinguir o precedente, afastando a regra. Assim, mesmo que um caso exiba características que se enquadrariam na regra de forma clara, é preciso levar em consideração todas as possíveis razões que poderiam trazer características adicionais ao caso e modificar seu enquadramento sobre a regra.

Mas possivelmente a maior complexidade ainda reste sobre a própria construção da regra que é extraída do precedente. A tarefa de derivar uma *ratio* de uma opinião é complexa, pois, é preciso descrever de uma forma clara, precisa e direta as categorias que o caso possui e que serão os critérios a serem aplicados em casos posteriores. Decisões jurídicas tendem a ser extensos documentos, recheados de informações complexas, e ainda que haja a integralidade da justificação que o julgador usou para atingir uma conclusão, não é tarefa simples reconstruir um argumento para encontrar a regra.

Muitas vezes a linguagem e os conceitos não são claros, e dessa forma é preciso uma extensa atividade interpretativa. Categorias jurídicas muitas vezes possuem um certo nível de abstração que podem trazer diferentes significados, dependendo da forma com que se realiza a leitura, e, portanto, julgadores diferentes

⁵⁰ No original: "The opinion of precedent A can be interpreted as providing a legal rule a of the form (If a case B has properties n1, n2, -> decision Y should be reached.) Therefore, if a case B has properties n1, n2 -> decision Y should be reached. If a case B has properties n1, n2 -> decision Y should be reached. Case B1 has properties n1, n2. Therefore, decision Y should be reached".

podem chegar a conclusões diferentes. Desta maneira, ocorre que a reconstrução da *ratio* nem sempre era a prevista pelo julgador original. Assim, decisões podem ser confusas ou até mesmo não providenciar regra alguma. Advogar pela aplicação de precedentes como regras requer a possibilidade de responder todas essas dificuldades adequadamente.

Já os modelos que tratam precedentes como formas de analogias visam tratar se os casos são, legalmente, os mesmos; avalia-se assim a semelhança entre os casos, que se pode exemplificar num esquema assim:

Caso precedente A e caso atual B são semelhantes.
Portanto, caso precedente A e caso atual B são legalmente os mesmos.

Sempre que um caso-presente B é legalmente o mesmo que um caso precedente, A deve ser seguido em B.
Caso precedente A e caso atual B são legalmente os mesmos.
Portanto, A deve ser seguido em B.⁵¹ (STEVENS, 2018, p. 223, tradução nossa)

O principal ponto de destaque – e talvez controversa – sobre o modelo analógico de precedentes é a definição das similaridades entre caso precedente e caso alvo/atual, uma vez que a gama de similaridades entre casos jurídicos pode ser enorme, assim, a definição de similaridade é o principal ponto para que o argumento esteja bem formulado, a justificação e uma conclusão sólida depende da construção das similaridades entre os casos.

A discussão de uma metodologia para definir que semelhanças e diferenças são relevantes ainda é controversa, mas existem diferentes modelos e possibilidades. Na prática, ainda é possível que um julgador não tenha clareza das tais possibilidades, bem como de decidir qual possibilidade metodológica de definição de similaridades deve escolher, então pode acabar apenas adotando sua perspectiva, conhecimento e ou intuição.

Ressalta-se que ambas as possibilidades de aplicação de precedentes têm vantagens e desvantagens, e há uma literatura extensa sobre tal assunto, que proporciona possíveis respostas para as complexidades aqui levantadas, assim tornando as teorias de precedentes judiciais e sua aplicação por meio de

⁵¹ No original: “Precedent-case A and present-case B are similar. Therefore, precedent-case A and present-case B are legally the same. Whenever a present-case B is legally the same as a precedent case A, A must be followed in B. Precedent-case A and present-case B are legally the same. Therefore, A must be followed in B”.

argumentos ainda mais complexa. O presente capítulo não esgotou as alternativas de argumentação no direito, visando apenas demonstrar algumas possibilidades de apresentação de um argumento jurídico.

3 ASPECTOS GERAIS DE ARGUMENTOS MORAIS

Como exposto anteriormente, MacCormick (1993) propõe uma distinção entre argumentação institucional e argumentação prática pura, em que a segunda é baseada em razões “substantivas” (sejam deontológicas ou consequencialistas) sobre como se deve agir. A argumentação substantiva é a que está presente na nossa vida cotidiana, é a que usamos para definir nossas questões sociais, morais, políticas etc.

Assim, a argumentação moral pode ser vista como uma forma de argumentação substantiva, uma vez que um argumento moral é um argumento cuja conclusão declara que algo é moralmente bom ou ruim (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 343), mas também sobre “[...] o que é certo ou errado, o que deve ou não ser feito, ou o que é moral ou imoral”⁵² (FELDMAN, 2013, p. 368, tradução nossa). Entendendo que a ética é uma reflexão acerca da moral, alguns autores tratam a argumentação aqui exposta como argumentação ou raciocínio ético.

Sujeitos podem ter diferentes visões morais, e ainda que o senso comum muitas vezes seja compartilhado, é preciso que os julgamentos morais que vêm de argumentos sejam avaliados antes de serem aceitos. O uso de raciocínio crítico e avaliação de argumentos permite colocar questões morais em perspectiva. Questões morais às vezes podem estar ligadas a sentimentos e emoções, que muitas vezes podem auxiliar na percepção de um estado de coisas, mas ao mesmo passo não ser um guia confiável na argumentação para se chegar a conclusões morais.

De uma forma ideal, no tratamento de questões morais todos devem ser considerados iguais e tratados de maneira igual – na medida de suas reais igualdades, exercendo cuidados em relação as diferenças morais relevantes. Considere o seguinte exemplo:

“Todos devem abster-se de roubar comida em mercearias - exceto para o Sr. X, que pode roubar tudo o que ele quer”. Imagine que não há razão moralmente relevante para fazer esta exceção ao roubo de alimentos; O Sr. X está isento simplesmente porque, digamos, ele é uma celebridade conhecida por comportamento ultrajante. Nós não apenas objetaríamos a esta regra, podemos até começar a nos perguntar se era uma genuína

⁵² No original: “[...] what is right or wrong, what should or should not be done, or what is moral or immoral”.

regra moral, uma vez que falta imparcialidade.⁵³ (VAUGHN, 2014, p. 20, tradução nossa)

É comum que sujeitos se vejam numa posição em que é necessário fazer algum julgamento moral ou avaliar princípios e regras morais, seja do que tomam para si como certo, seja definir o que é necessário para resolver uma situação envolvendo outras pessoas. Portanto, parece claro que o processo de tomada de decisão moral importa. O uso de argumentos morais se faz essencial para dar clareza e tornar público o que se considera certo e errado, bom e ruim; e refletir sobre tais questões permite que se tenha julgamentos claros para além da subjetividade de cada um.

Atos como contar uma mentira, embora não sejam legalmente proibidos, podem ser considerados imorais; e até mesmo atos que são legalmente permitidos podem ser considerados imorais, uma vez que são a legalidade e a moralidade são questões separadas. Assim, a reflexão sobre a moral nos permite tomar decisões sobre o que consideramos moral ou não, e usar argumentos pode ser de fato útil para tal finalidade.

Diferentemente do direito, no campo da moral dificilmente há uma autoridade impondo uma decisão oficial, como fazem juízes e legisladores, e, de forma geral, também não existem regras positivadas que são sempre aplicadas como é no caso do direito com suas leis. Por essa “falta de autoridade” é que se deve justificar cada decisão moral tomada em boas razões, e por isso o uso de bons argumentos torna-se essencial.

O uso de argumentos permite a definição do que é bom e ruim, e normalmente usam-se termos ou palavras morais para qualificar ações ou características, como pode-se demonstrar:

Ações que são moralmente ruins são algumas vezes chamadas de “proibidas”. Ações que são moralmente indiferentes às vezes são chamadas de “permitidas”. Ações que são moralmente boas às vezes são chamadas de “obrigatórias”. “Erradas” às vezes são usadas para se referir a ações proibidas. Ferir as pessoas simplesmente por sua própria diversão é errado, proibido. Tomar sorvete de chocolate é permitido. Se você tem filhos, criá-los bem é obrigatório. “Direitos” é outra palavra indicadora do argumento

⁵³ No original: “‘Everyone must refrain from stealing food in grocery stores—except for Mr. X, who may steal all he wants.’ Imagine that there is no morally relevant reason for making this exception to food stealing; Mr. X is exempted merely because, say, he is a celebrity known for outrageous behavior. We not only would object to this rule, we might even begin to wonder if it was a genuine moral rule at all since it lacks impartiality”.

moral. Dizer que alguém tem o direito ou é dizer que alguém é moralmente obrigado a fazer algo por essa pessoa (“Eu tenho o direito de que você me dê as chaves do meu carro”) ou é moralmente obrigado a deixar essa pessoa fazer alguma coisa (“eu tenho o direito de me deixar sentar neste balcão de almoço”)⁵⁴. (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 344, tradução nossa)

Assuntos morais possuem diversas peculiaridades e dificuldades de tratamento, como por exemplo, “É típico que a argumentação faça o importante uso da linguagem emocional para elogiar ou condenar”⁵⁵ (WALTON, 2009, p. 13, tradução nossa)⁵⁶. Por essa e outras dificuldades é que se entende aqui que padronizar os argumentos pode vir ajudar a visualizar melhor se estão apresentando boas razões ou apenas retórica e eloquência, afinal, “Uma ação moralmente justificada é, em termos gerais, moralmente bem fundamentada”⁵⁷ (AUDI, 2006, p. 155, tradução nossa). Ao longo desse capítulo serão encontradas algumas das complexidades da argumentação moral, bem como suas características essenciais.

3.1 CARACTERÍSTICAS DE ARGUMENTOS MORAIS

Uma característica importante que se pode atribuir ao raciocínio e argumentação moral é que ela é uma forma de “[...] raciocínio crítico ordinário aplicado à ética”⁵⁸ (VAUGHN, 2015, p. 41, tradução nossa). Raciocínio crítico é uma forma de avaliação cuidadosa de declarações ou afirmações, usado para determinar se uma declaração deve ser aceita ou não. É usado nos mais diversos contextos para a tomada de decisão e avaliação de razões, e a argumentação moral faz uso deste raciocínio crítico.

O primordial ponto que o raciocínio crítico traz é que não se deve aceitar uma afirmação ou declaração sem que a mesma apresente boas razões para acreditar no

⁵⁴ No original: “Moral words are also used to say that actions and things are good or bad. Actions that are morally bad are sometimes called “forbidden.” Actions that are morally indifferent are sometimes called “permitted.” Actions that are morally good are sometimes called “obligatory.” “Wrong” is sometimes used to refer to forbidden actions. Hurting people simply for your own amusement is wrong, forbidden. Having chocolate ice cream is permitted. If you have children, raising them well is obligatory. “Rights” is another moral argument indicator word. To say that someone has a right is either to say that someone is morally obligated to do something for that person (“I have a right that you give me my car keys”) or is morally obligated to let that person do something (“I have a right that you let me sit at this lunch counter”).”

⁵⁵ No original: “It is typical that the argumentation makes important use of emotional language to praise or condemn”.

⁵⁶ Importante destacar que se pode considerar que nenhum teórico conseguiu plenamente, até então, resolver o problema da linguagem emotiva na argumentação, como aponta Walton (2009, p. 17).

⁵⁷ No original: “A morally justified action is, in general terms, morally well-grounded”.

⁵⁸ No original: “[...] ordinary critical reasoning applied to ethics”.

que ela traz. Dessa forma, a aceitação de uma declaração passa a estar sujeita à força de suas razões, e, portanto, pode variar. Dessa forma um bom argumento só é aceito quando há boas razões que o embasam, até mesmo nos campos ético e moral.

É importante notar, como mencionado anteriormente, que a maioria dos argumentos não é encontrada em formas padronizadas como nos esquemas argumentativos demonstrados no capítulo anterior, mas sim em situações do cotidiano, em textos, reportagens, cartas etc. Portanto, a avaliação de argumentos em situações ordinárias pode ser ainda mais complexa, e o desafio se torna ainda maior ao interpretar moralmente as premissas e a conclusão que um argumento proporciona.

Mais ainda, o desafio é agravado por uma prática comum, que é de deixar as premissas implícitas: às vezes, uma conclusão não decorre de suas premissas explícitas; portanto, seria preciso adicionar mais uma premissa para que o argumento se torne adequado.

Outra característica importante de destacar é que declarações não morais são muito diferentes das morais, uma vez que não vislumbram se algo é certo ou errado. Um exemplo pode ser uma declaração como “Essa é uma boa biblioteca”, que apesar de usar um adjetivo comum na linguagem moral, não se caracteriza como uma declaração moral, podendo até mesmo descrever situações ou estados que tocam na moral, sem a própria declaração ser. A afirmação “muitas pessoas acreditam que pena de morte é errada” pode ser um exemplo mais claro disso.

O que torna um argumento moral distinguível é que sua conclusão é sempre uma afirmação moral. Uma declaração ou afirmação moral afirma se um ato ou alguém é bom ou mau, certo ou errado, proibido ou permitido. Um exemplo de afirmação moral seria dizer “pena de morte é errada”, que pode aparecer como premissa ou conclusão em um argumento.

De forma geral, um argumento moral tem a mesma estrutura que outros tipos de argumentos, tendo premissas e uma conclusão – que será um julgamento ou declaração moral. Quanto às premissas, uma delas precisa ter algum tipo de declaração moral, seja uma regra ou princípio – podendo tais princípios até mesmo serem considerados a parte mais importante do argumento (KIRSZNER; MANDELL, 2013, p. 591). A outra premissa precisa ser uma declaração não moral, normalmente factual sobre alguma ação ou estado de coisas.

O argumento empregado pode desenvolver-se a partir de diferentes raciocínios, seja dedutivo, indutivo ou abdutivo. Também pode variar sua estrutura, como argumentos com mais ou menos premissas, ainda havendo argumentos com premissas implícitas ou explícitas, como mencionado anteriormente.

E quando aqui se refere a afirmações ou declarações morais, qualquer uma que venha a dizer que algo é certo ou errado, moral ou imoral, devido ou indevido, vem a contar como proposição/declaração moral. Já proposições factuais, serão aquelas “[...] estatísticas, causais, psicológicas, legais ou outras, frequentemente usadas em apoio a reivindicações morais”⁵⁹ (FELDMAN, 2013, p. 373, tradução nossa). O seguinte exemplo ajuda a visualizar um argumento moral:

1. Disparar com arma de fogo contra alguém para se defender de um assalto é moralmente permitido.
2. João disparou contra uma pessoa que o estava assaltando como um ato de autodefesa.
3. Portanto, o disparo de João com arma de fogo contra a pessoa é moralmente permitido.

Pode-se notar que a primeira premissa é uma declaração moral dando uma regra ou princípio sobre um ato ser certo ou errado. A segunda premissa não teve conteúdo moral, apenas trouxe declarações sobre as características de uma ação. A conclusão de que o ato é moralmente permitido é um julgamento moral sobre uma ação específica em relação a uma regra ou princípio geral anteriormente delimitado. Ou seja, a conclusão apenas relata que aquela ação específica se enquadra na premissa moral estabelecida na primeira premissa. Não seria possível chegar a uma conclusão moral se uma das premissas não tivesse alguma declaração moral.

Uma premissa não moral se faz necessária em argumentos morais típicos na medida em que a conclusão de um argumento moral deve versar sobre uma ação ou classe de ações específica. Dessa forma, a conclusão só pode versar sobre uma determinada ação se a premissa não moral estiver presente e puder direcioná-la, sendo assim a premissa não moral também é essencial para se fazer a conexão entre premissa e conclusão.

⁵⁹ No original: “[...] statistical, causal, psychological, legal, or other matters often used in support of moral claims.”

Como demonstrado anteriormente com argumentos jurídicos, também se pode padronizar argumentos morais, e com isso se pode avaliá-los de uma forma mais adequada. Exemplifica-se com argumentos sobre ações:

- (1) A ação A tem a característica F.
- (2) É moralmente bom / ruim fazer ações que tenham a característica F.
- Portanto,
- (3) H deve / não deve fazer A.⁶⁰ (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 351, tradução nossa)

O esquema acima não é a única forma de representar argumentos morais sobre ações, mas pode ser considerada uma forma básica e similar a propostas de outros autores. O que se faz importante destacar, é que “Argumentos que concluem que alguma ação deve (ou não) ser feita simplesmente porque tem alguma propriedade são chamados **argumentos morais simples**.”⁶¹ (FELDMAN, 2013, p. 385, grifo do autor, tradução nossa).

Pode-se padronizar tais argumentos morais simples de diferentes formas, mas terão em si premissas que: 1) tratam da característica de uma ação; 2) trazem uma valoração moral sobre aquela determinada ação. E entende-se assim que qualquer argumento sobre ações pode ser usado nesse padrão, ainda que poucos argumentos na prática assim apareçam. Ainda há outras possibilidades de esquemas para argumentos morais que devem ser mencionadas, como o seguinte exemplo:

- (1) A ação A produzirá C.
- (2) É moralmente bom / ruim produzir C.
- Portanto,
- (3) H deveria / não deveria fazer A.⁶² (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 353, tradução nossa)

O esquema acima é uma versão do esquema sobre ações que foca nas consequências, podendo ser chamado de consequencialista, destacando-se que este tipo de argumento também é forma de raciocínio prático (WALTON; REED; MACAGNO, 2008, p. 101). O termo “C” é a consequência, que é variável e

⁶⁰ No original: “(1) Action A has feature F. (2) It is morally good/bad to do actions that have feature F. Therefore, (3) H should/should not do A.”

⁶¹ No original: “Arguments that conclude that some action should (or should not) be done simply because it has some property are called **simple moral arguments**.”

⁶² No original: (1) Action A will produce C. (2) It is morally good/bad to produce C. Therefore, (3) H should/should not do A.”

dependerá da tomada ou não da ação. De forma geral, seguindo esse esquema, ações com más consequências não são desejáveis e devem ser evitadas.

Argumentos consequencialistas devem elencar quais consequências morais estão sendo consideradas como importantes, quem é moralmente importante em relação às consequências e se as consequências propostas são realmente moralmente importantes, bem como se são factuais ou meras probabilidades. Todas essas questões estarão presentes nas premissas e precisam ser avaliadas, e a adequação do argumento moral consequencialista depende de sua resposta a tais questões, que servem até mesmo como perguntas críticas.

Ainda se faz necessário destacar que há uma grande gama de consequências que podem ser valorizadas, e, portanto, “Parece difícil descobrir que tipo de consequências são moralmente importantes. Parece haver muitas opções e também muitos pontos de vista diferentes”⁶³ (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 354, tradução nossa).

Possíveis relatividades morais a parte, continua-se dando destaque às características da argumentação moral. E como nem todo argumento moral será simples e poderá seguir o esquema antes proposto para consequências, se faz preciso refletir mais sobre argumentos que venham a sobrepesar as consequências e possíveis danos e benefícios de ações e características.

Fazer a reflexão sobre tais danos e benefícios faz com que se pondere o valor geral de uma determinada ação, e muito da argumentação prática passa por tal reflexão, que pode até mesmo se considerar uma avaliação de prós e contras. O uso de um valor geral pode ser considerado mais comum em argumentos complexos, e pode ser expresso em forma de princípio para ser usado como uma premissa em argumentos. Considere o seguinte exemplo de um princípio de valor geral (*overall value principle*, “OVP”):

“**OVP1**: A pessoa (ou grupo) S deve fazer a ação A se, e somente se, o valor geral dos danos e benefícios da ação A é maior do que o valor geral dos danos e benefícios de qualquer alternativa para A que está disponível para S”⁶⁴ (FELDMAN, 2013, p. 391, tradução nossa).

⁶³ No original: “It seems hard to figure out what sorts of consequences are morally important. There seem to be too many options and too many different points of view”.

⁶⁴ No original “Person (or group) S should do action A if and only if the overall value of the harms and benefits of action A is greater than the overall value of the harms and benefits of any alternative to A that is available to S.”

De forma geral, o princípio traz que algo deve ser feito quando os benefícios sejam maiores que os males ou danos causados, e não ser feito quando os danos forem maiores que os benefícios. O seguinte exemplo ajuda a demonstrar com uma maior clareza:

1. As únicas alternativas de Sterling são fazer sua pesquisa usando ratos (R) ou não fazer sua pesquisa de forma alguma (N). (EP)
2. O benefício de R é que ele pode encontrar uma cura para uma doença grave e o dano é que haverá de 10.000 a 20.000 ratos por semana com desconforto diarreico anualmente. (EP)
3. O dano de N é que 100.000 crianças continuarão morrendo anualmente pela doença. (EP)
4. O valor global dos danos e benefícios de R supera o total valor dos danos e benefícios de N. (EP)
5. (OVP1) (IP?)
6. Sterling deve fazer R. (1) - (5)⁶⁵ (FELDMAN, 2013, p. 392, tradução nossa)

As siglas “EP” e “IP” representam, respectivamente, premissa explícita e premissa implícita, “OVP1” é a premissa de valor geral exposta anteriormente. As opções dispostas foram um conflito moral, na medida em que as possibilidades se chocam e trazem danos e benefícios que devem ser avaliados. Independentemente da escolha a ser feita, haverá alguma medida de dor e desconforto na situação. Dados os fatos de que haverá dor e desconforto de qualquer forma, a opção que parece trazer os menores danos e maiores benefícios é a da realização da pesquisa, também sendo possível dizer que possui o melhor valor geral.

Mas claro, compactuar com a continuação da pesquisa nesse caso específico não implica que todas as pesquisas com animais devam ser realizadas. É possível conceber casos em que os danos causados a animais se sobreponham a ganhos ou benefícios para pessoas. Portanto, sugere-se prudência no desenvolvimento de argumentos morais complexos e atenção às particularidades do contexto em que o argumento se insere.

Avaliar o valor geral por meio de argumentos envolve procedimentos similares aos de outros argumentos. É possível padronizar tais argumentos tornando sua avaliação mais acessível, e deve-se estar atento à premissa que traz o princípio

⁶⁵ No original: “1. Sterling’s only alternatives are to do his research using mice (R) and not to do his research at all (N). (EP) 2. The benefit of R is that he might find a cure for a serious disease and the harm is that there will be 10,000–20,000 mice-weeks of diarrheal discomfort annually. (EP) 3. The harm of N is that 100,000 children will continue to die annually from the disease. (EP) 4. The overall value of the harms and benefits of R outweighs the overall value of the harms and benefits of N. (EP) 5. (OVP1) (IP?) 6. Sterling should do R. (1)–(5).”

daquilo que está sendo valorado, uma vez que o próprio princípio pode ser a fonte de maiores discordâncias. Mas da mesma forma é preciso se atentar à natureza e possibilidades de consequências para ver se estão bem-dispostas e em um padrão razoável. Não basta que sejam meras especulações ou apelo a cenários que sirvam como retórica. Um sujeito ou agente normalmente usa de argumentos morais em contextos deliberativos, e por isso é preciso lembrar-se que:

Na deliberação, um agente tem que confrontar uma situação em que existem, ou parecem existir diferentes cursos de ação possíveis, e há uma necessidade de selecionar uma delas, como a coisa certa ou melhor a fazer. Um agente é uma entidade autônoma (a) que tem objetivos, (b) pode obter as informações sobre suas circunstâncias particulares, (c) que podem realizar ações que possam afetar essas circunstâncias, e (d) que podem perceber os efeitos de suas próprias ações e modificar suas ações subsequentes de acordo.⁶⁶ (WALTON, 2009, p. 29, tradução nossa)

O uso de argumentos morais se baseia numa deliberação a partir de princípios morais e éticos de como as coisas devem ser, definindo valores que devem ser obrigatórios a todos os agentes envolvidos e a quem aquele argumento e princípios tenham como escopo. Por advir de um raciocínio prático e ser compulsório é que se deve ter cuidado com argumentos morais dispostos, sendo assim clara sua importância.

Mas é preciso lembrar que as premissas que dão razão e justificam a conclusão são abertas a questionamentos, não são absolutas ou dogmáticas. Assim, até mesmo elencar uma premissa moral controversa pode requerer a justificação da escolha dela no argumento, criando uma cadeia de argumentos para poder ter boas razões para se acreditar em uma conclusão. Tal argumentação deve estar aberta a descoberta de novas evidências que possam alterar a adequação das premissas, e, portanto, a força do próprio argumento.

Entretanto, nem sempre a premissa moral será aquela que pode ser questionada. As premissas não morais também são passíveis de questionamentos, como, por exemplo, se a pena de morte de fato diminui a criminalidade. Tais questões às vezes podem aparecer como premissas factuais e também devem ser avaliadas quando se está analisando um argumento.

⁶⁶ No original: "In deliberation, an agent has to confront a situation where there are, or seem to be different possible courses of action, and there is a need to select one of them, as the right or best thing to do. An agent is an autonomous entity (a) that has goals, (b) can get the information on its particular circumstances, (c) that can carry out actions that may affect those circumstances, and (d) that can perceive the effects of its own actions, and modify its subsequent actions accordingly".

Dessa maneira, premissas factuais em argumentos – não apenas em argumentos morais – devem também estar baseadas em boas razões. Simples crenças ou afirmações não servem como premissas factuais. Tais premissas devem estar embasadas em considerações históricas, científicas etc. Nem sempre é simples fazer com que tais premissas sejam acompanhadas destas razões, mas tal etapa faz com que a adequação do argumento seja ainda maior.

Em suma, a argumentação moral versa sobre alguma questão moral, visando justificá-la ou resolvê-la, sendo preciso checar a adequação das premissas para se garantir a conclusão. Assim, de um ponto de vista de razão prática, permite visualizar boas razões para fazer ou não uma ação. A definição de se ações são moralmente permissíveis ou se as consequências são aceitáveis são exemplos de questões que a argumentação moral trata. “Responder a essas questões é resolver o problema em questão e resolver o problema em questão é o ponto do discurso escrito ou falado”⁶⁷ (VAUGHN, 2015, p. 61, tradução nossa).

Fora da estrutura padronizada de argumentos, a apresentação de um argumento pode ser auxiliada por explicar e ampliar as premissas, trazendo o maior número de evidências possíveis para demonstrar com clareza e cuidado que a conclusão é verídica e está baseada em boas razões e, portanto, as premissas também devem ser levadas a sério.

Demonstrar que pode haver objeções ou ressalvas às evidências e às premissas pode ser benéfico, uma vez que demonstra o cuidado na construção dos argumentos. Levar em consideração visões alternativas e possíveis objeções e então as sobressair demonstra que o argumento foi construído de forma responsável e leva em si as melhores razões para se acreditar na conclusão, ponto essencial de qualquer argumento, que se aplica também a argumentos morais.

3.2 COMPLEXIDADES DE ARGUMENTOS MORAIS

A primeira complexidade citada anteriormente no capítulo é o fato de muitas premissas em situações morais ficarem implícitas no argumento. Pode haver diversos motivos que levam uma premissa a ficar implícita, como, por exemplo, o

⁶⁷ No original: “To answer such questions is to resolve the issue at hand, and resolving the issue at hand is the point of the written or spoken discourse”.

fato de o autor do argumento considerá-la óbvia. Entretanto, é importante ressaltar que não é ideal que as premissas continuem implícitas, uma vez que não há como ter certeza de tudo que está sendo dado por certo no argumento. Deixar uma premissa implícita pode vir a comprometer toda a avaliação de um argumento. E ainda, premissas que não são deixadas claras muitas vezes podem ser ponto de discordância ou das maiores controvérsias morais.

A avaliação de argumentos deve sempre tentar explicitar todas as premissas possíveis e necessárias para a conclusão. As premissas devem ser plausíveis e, quando o autor do argumento não a deixar clara, e for preciso reconstruí-la, é preciso tentar dar a maior clareza possível para a premissa em relação à intenção do autor do argumento. Distorcer uma premissa implícita é simples e de fácil execução e, portanto, é preciso cuidado para não alterar um argumento de sua intenção original. O seguinte exemplo ajuda a clarificar:

(1) A administração de miconazol a crianças provoca vômitos, fezes com sangue e cólicas abdominais severas.

Portanto,

(3) O grupo de pesquisa do Dr. Frederick não deve dar miconazol às crianças.

Mas no argumento está faltando um passo. Aqui está a premissa que falta:

(2) É moralmente mau fazer ações que prejudiquem as crianças causando vômitos, fezes com sangue e cólicas abdominais severas.⁶⁸ (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 351, tradução nossa)

É plausível, no contexto diário, omitir algumas premissas em argumentos, pois, por exemplo, a maioria das pessoas concordaria que se deve evitar ações que prejudiquem crianças. Entretanto, para um argumento ser adequado e poder ser avaliado, é preciso que a premissa fique explícita, e a padronização auxilia no processo de visualização de premissas.

Como aponta Vaughn (2015, p. 53), torna-se mais simples a identificação de uma premissa implícita em um argumento moral se este for tratado como dedutivo. Dessa forma, visualizá-lo de uma forma dedutiva ajuda a encontrar premissas implícitas e testar a veracidade das mesmas. Uma vez sabendo que o argumento é válido, pode-se discutir acerca da veracidade das premissas. Tal discussão é

⁶⁸ No original: “(1) Giving miconazole to children causes vomiting, bloody stools, and severe abdominal cramping. Therefore, (3) Dr. Frederick’s research group should not give miconazole to children. But the argument is missing a step. Here’s the missing premise: [2] It is morally bad to do actions that harm children by causing vomiting, bloody stools, and severe abdominal cramping.”

importante, pois a solidez de um argumento depende também da veracidade de suas premissas.

Uma maneira de testar a veracidade de premissas é usando contraexemplos. Por exemplo, se é feita uma generalização sobre um ato proibido, pode-se pensar em uma situação em que o ato seja permitido. Uma premissa que diz que matar é errado tem seu contraexemplo com a possibilidade de legítima defesa, e, portanto, tem sua veracidade afetada, e pode até mesmo precisar ser reformulada.

A adaptação de argumentos que são testados com seus contraexemplos os torna não apenas mais sólidos enquanto argumentos, mas também enquanto julgamentos morais, por tratarem de uma gama maior de possíveis ações e consequências, e ainda podem ser úteis:

Se nossos julgamentos morais considerados estão em desacordo com uma premissa moral que é baseada em um princípio moral estimado ou teoria moral, podemos ter uma razão *prima facie* (à primeira vista) para duvidar não apenas da premissa, mas também do princípio ou teoria a partir do qual é derivado.⁶⁹ (VAUGHN, 2015, p. 54, tradução nossa)

A avaliação da veracidade de premissas permite então não apenas checar o argumento, mas muitas vezes teorias e princípios morais que embasam a forma como se argumenta. Reexaminar as afirmações presentes em premissas então torna-se essencial para um bom argumento.

Se o propósito for a mera avaliação do argumento, nem sempre ir tão longe quanto reavaliar toda uma teoria moral é necessário, mas faz-se importante notar que a avaliação de premissas morais pode regredir a própria avaliação de princípios e teorias morais muito mais amplas. Portanto, a conexão das premissas com teorias e princípios muitas vezes pode ser muito mais profunda do que inicialmente se espera. E por isso, é importante que crenças morais que embasam argumentos tenham a maior consistência possível.

Outra complexidade importante levantada anteriormente é a possibilidade de discordâncias em relação a questões morais. Discordâncias essas que em contexto prático podem vir a impossibilitar uma tomada de decisão ou ação, por se chegar a um impasse. A complexidade de assuntos morais faz com que muitas vezes sejam

⁶⁹ No original “If our considered moral judgments are at odds with a moral premise that is based on a cherished moral principle or moral theory, we may have a *prima facie* (at first sight) reason to doubt not only the premise but also the principle or theory from which it is derived.”

considerados relativos e questão de opinião, mas “Embora os argumentos morais sejam frequentemente tratados de forma desdenhosa, eles são inevitáveis” ⁷⁰ (FEDLMAN, 2013, p. 368). E por serem inevitáveis é que se deve tentar tratá-los com a maior reflexão e racionalidade possível.

Entretanto, cabe destacar que há muita concordância em relação a alguns princípios morais na sociedade, e as pessoas até mesmo concordam com alguns princípios básicos como justiça, dignidade e bem-estar. Uma grande complexidade que argumentos morais encontram é que nem sempre são tão claros e diretos como se gostaria, por isso a escolha de princípios, sempre que possível, deve ser baseada nos mais autoevidentes possíveis, aqueles que não precisam de provas ou muitas explicações (KIRSZNER; MANDELL, 2013, p. 592).

Entretanto, sujeitos ou agentes que estão “[...] pesando esses princípios de maneira diferente ou vendo a situação sob uma luz diferente, chegam a conclusões morais opostas” ⁷¹ (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2014, p. 304, tradução nossa). Há ainda a questão do escopo daquilo que julgam moralmente, por exemplo, ainda que se concorde que a morte é algo não desejável, é possível discordar sobre questões de quais mortes contam como negativas e em que circunstâncias, a depender de concepções morais. E também há de se falar nas circunstâncias de cada caso que está envolvendo uma questão moral e suas particularidades.

Em alguma medida visualizamos uma relatividade moral, no sentido de diferentes sociedades e até mesmo sujeitos e agentes dentro de uma mesma sociedade divergirem sobre o que é bom e ruim, certo e errado. Mas o que isso aponta na verdade é meramente a presença de divergências, e não a inexistência da moral como um todo, o que serve como ponto de partida para a chegada de algum consenso quanto a princípios morais que venham a governar o julgamento e argumentação prática.

É importante também ter em mente a distinção de que “Alegações morais simplesmente não são afirmações sobre práticas ou atitudes prevaletentes” ⁷² (FELDMAN, 2013, p. 380, tradução nossa). A moral não deve ser governada apenas por práticas e aceitações sociais, uma vez que estas podem ser passíveis de inclinações e preconceitos não racionais.

⁷⁰ No original: “Although moral arguments are often treated dismissively, they are unavoidable.”

⁷¹ No original: “[...] weighing these principles differently or seeing the situation in a different light, they arrive at opposing moral conclusions.”

⁷² No original: “Moral claims just aren’t claims about prevailing practices or attitudes.”

Outra possível complexidade é que questões morais têm implicações práticas no dia a dia das pessoas, e dessa forma, um agente ou sujeito pode se ver numa posição em que é obrigado a tomar uma decisão sobre o curso moral que acredita ser mais adequado, enquanto questões não morais, como por exemplo questões factuais, normalmente não padecem desse tipo de dificuldade. Por exemplo, um pai que recebe uma ligação sobre um comportamento não adequado do filho na escola, normalmente, não despenderia muitos esforços em determinar se a ação realmente ocorreu ou não, mas sim, se deve ou não castigar o filho, bem como qual castigo aplicar.

A questão se torna complexa quando há um conflito de valores. Por exemplo, se o filho do exemplo acima tivesse trocado socos com outros colegas para defender um colega que sofria bullying. Dessa forma, o pai se encontraria em conflito sobre castigar ou não o filho. Por um lado, ele realizou um comportamento que pode ser considerado inadequado, mas por outro, ele apresentou uma – possivelmente boa – razão para agir. Em casos assim, é notável um conflito, destacando-se que:

Conflito moral ocorre quando parece haver bons argumentos para a visão de que X é moralmente bom e para a visão de que X é moralmente ruim. Conflito moral assume diferentes formas. Em alguns casos, argumentos morais do mesmo tipo entram em conflito uns com os outros. Dois argumentos consequencialistas podem entrar em conflito porque as pessoas têm opiniões diferentes sobre o que tem valor inerente ou visões diferentes sobre as consequências de uma ação. Dois argumentos deonticos podem entrar em conflito porque as pessoas têm opiniões diferentes sobre características intrínsecas. Talvez o tipo mais difícil de conflito moral sejam os casos em que diferentes tipos de argumentos morais entram em conflito.⁷³ (RAINBOLT; DWYER, 2011, p. 367, grifo do autor, tradução nossa)

É possível até mesmo conceber que quando há esse confronto entre princípios tão antagônicos, se chegue a um desacordo profundo ou fundamental, em que ambas possibilidades são racionalmente justificáveis, e assim se tem um impasse, que pode até mesmo de não ser solucionável apenas por vias argumentativas (WALTON, 2009, p. 88).

⁷³ No original: “Moral conflict occurs when there seem to be good arguments for the view that X is morally good and for the view that X is morally bad. Moral conflict takes different forms. In some cases, moral arguments of the same type conflict with each other. Two consequentialist arguments might conflict because people hold different views about what has inherent value or different views about the consequences of an action. Two deontic arguments might conflict because people hold different views about intrinsic features. Perhaps the most difficult sorts of moral conflict are cases in which different sorts of moral arguments conflict.”

Mas de forma geral guiamo-nos por argumentos a fim de que os julgamentos realizados sobre questões morais sejam plausíveis e racionais, confrontando problemas bem delimitados para conseguir respondê-los adequadamente em relação ao que se considera moral ou não. Ao fazer tais julgamentos, em alguma medida, usa-se padrões morais que são dispostos em regras ou princípios, que são essenciais à argumentação moral.

Mas a deliberação também pode funcionar de outra forma, na qual os julgamentos morais que um sujeito faz podem moldar princípios e regras que se usam no argumento, ou seja, nem sempre princípios e teorias morais mais amplas estão embasando de forma direta e clara o julgamento inicial. O que é importante ressaltar é que princípios morais são complexos e também precisam ser avaliados à luz das evidências disponíveis, podendo conflitar com outras considerações. Isso faz com que haja a necessidade de definição de novos princípios para que o argumento moral se adeque.

Refletir acerca de princípios morais, embora importante, não constitui argumentação em si, e é passo de teorizar moralmente, em que se cria ou revisa alguma teoria moral. Por teoria moral aqui entende-se as explicações do que faz um ato certo ou errado, uma pessoa ou ação boa ou ruim etc. Focam não em ações ou características específicas, mas sim na natureza de tais características que as tornam valoráveis de tais maneiras. Assim, tanto teorias de valores quanto teorias de obrigações se enquadram no escopo do que se refere aqui como teorias morais.

Rejeitar todas as teorias morais, negar a possibilidade da moralidade objetiva ou adotar uma visão subjetivista do certo e do errado é ter uma visão particular e abrangente da moralidade, uma visão que, no sentido mais amplo, constitui uma teoria moral ou parte de uma. Uma teoria moral nos fornece normas ou padrões muito gerais que podem nos ajudar a dar sentido a nossas experiências morais, julgamentos e princípios⁷⁴ (VAUGHN, 2014, p. 79, tradução nossa)

Teorias morais e uso de argumentos morais podem caminhar lado a lado: uma declaração pode expressar, em alguma medida, a própria teoria moral ou algum princípio extraído dela pode funcionar como premissa num argumento moral. Testar

⁷⁴ No original: "To reject all moral theories, to deny the possibility of objective morality, or to embrace a subjectivist view of right and wrong is to have a particular overarching view of morality, a view that in the broadest sense constitutes a moral theory or part of one. A moral theory provides us with very general norms, or standards, that can help us make sense of our moral experiences, judgments, and principles".

a adequação da premissa nesse caso pode requerer avaliar toda uma teoria moral ou a série de princípios conectados a ela.

Mas claro, uma teoria também não é exata, e nem sempre é possível apenas derivar princípios simples para serem utilizados em argumentos sem longas explicações que os acompanhem. A própria característica das teorias e princípios de serem teóricos e gerais faz com que nem sempre seja possível realizar a precisa identificação do que eles requerem, o que pode gerar diversos debates.

Às vezes princípios conflitam, e podem ser de difícil justificação por eles mesmos, e assim teorias morais podem servir como recurso para auxiliar na justificação das escolhas empregadas. “Uma teoria moral pode cristalizar percepções importantes na moralidade e, assim, nos dar orientação geral à medida que fazemos julgamentos sobre casos e questões”⁷⁵ (VAUGHN, 2014, p. 80, tradução nossa).

Deliberar sobre questões morais traz a complexa tarefa de questionar princípios que sujeitos ou agentes tomam para si, nutrindo fortes sentimentos sobre coisas que consideram morais e boas. Assim, questões morais e a resolução de conflitos muitas vezes podem estar sujeitas a preferências e subjetivismos do argumentador, ainda que se fale em critérios racionais e ideias que devem ser aplicados na argumentação moral, ressaltando que:

Oferecemos razões morais, como a de que devemos manter uma promessa, como se fossem básicas e racionalmente convincentes; e falamos como se certos princípios morais fossem de conhecimento comum: diz-se frequentemente que as crianças sabem que mentir é errado e não têm desculpa para isso. Muitas vezes tratamos as considerações morais como normativamente decisivas, independentemente do apoio ao interesse próprio ou mesmo do bem-estar geral das pessoas afetadas, mantemos a promessa de pagar um credor rico, embora pensemos que mais bem seria feito se o dinheiro fosse dado à caridade. Em outras ocasiões, como quando tentamos explicar às crianças por que elas não devem mentir ou quebrar promessas, podemos citar fatos sobre o bem-estar de todos nós ou considerações sobre a aversão de sermos manipulados por mentiras.⁷⁶ (AUDI, 2006, p. 148, tradução nossa)

⁷⁵ No original: “A moral theory can crystallize important insights in morality and thereby give us general guidance as we make judgments about cases and issues”.

⁷⁶ No original: “We offer moral reasons, such as that one must keep a promise, as if they were both basic and rationally compelling; and we talk as if certain moral principles are common knowledge: children are often said to have known that lying is wrong and to have had no excuse for it. We often treat moral considerations as normatively decisive quite apart from the support of self-interest or even the overall well-being of those affected, as where we keep a promise to repay a wealthy creditor even though we think more good would be done were the money given to charity. At other times, as where we try to explain to children why they should not lie or break promises, we may cite facts about the well-being of us all or considerations concerning the aversiveness of being manipulated by lies.”

Entretanto, o status normativo e autoritativo que se atribui a proposições ou afirmações morais não leva em consideração que sujeitos ou agentes podem vir a desconsiderar informações e proposições que se choquem contra suas preferências, ou a levar em consideração apenas aquilo em que acreditam. Tal processo dificilmente seria público em algum argumento, entretanto, pode apresentar uma dificuldade real que traz a necessidade de um raciocínio crítico elevado na avaliação do argumento para determinar se as afirmações ou preposições estão levando em conta todas as evidências relevantes disponíveis para se chegar a uma conclusão bem fundamentada.

Um argumento que tenha uma falsa premissa ou cuja conclusão não seja produto delas não será um bom argumento. Tal falha argumentativa é comum e serve até mesmo a propósitos de convencimento. Alguns desses maus argumentos são conhecidos como falácias e possuem extensas literaturas sobre como serem identificados e avaliados.

Para os propósitos do presente capítulo é apenas importante ter em mente que o livre apelo a emoções na argumentação moral como substituto a premissas racionais deve contar como uma falácia. Usar de emoções como medo, raiva, ódio, entre outras ao invés de boas razões não é o propósito de argumentos morais aqui dispostos, embora não se negue que eles possam influenciar em grande medida um sujeito que esteja argumentando. Emoções são importantes no contexto diário para garantir decisões rápidas em condições incertas, mas ao mesmo passo podem contribuir para irracionalidades.

É comum que teorias argumentativas apenas assumam, de um ponto de vista ideal, que quem está argumentando deve se submeter a critérios de racionalidade, e não se nega que isso também seja importante. Entretanto, é notável que a “Irracionalidade envolve fazer inferências erradas por razões que vão muito além do emprego de argumentos falaciosos. Pelo contrário, os erros inferenciais surgem de uma série de tendências de erro psicológico (vieses)”⁷⁷ (CORREIA, 2012, pp. 224-225, *apud* THAGARD, 2011, p. 153, tradução nossa).

O principal ponto a se destacar aqui é que ainda que alguns argumentos possam parecer corretos e bem desenvolvidos, podem ter sido construídos sob uma

⁷⁷ No original: “Irrationality involves making erroneous inferences for reasons that go well beyond the employment of fallacious arguments. Rather, inferential mistakes arise from a host of psychological error tendencies (biases)”.

perspectiva duvidosa e até mesmo tendenciosa. Tal afirmação contesta que uma argumentação baseada em regras de racionalidade baste para prevenir irracionalidades na argumentação em geral.

Muito da literatura sobre argumentos preocupa-se em impor regras racionais/argumentativas para evitar vieses intencionais, entretanto, é necessário também pontuar que vieses não intencionais podem ocorrer na argumentação em geral, bem como na argumentação moral. Assim, vieses afetam a percepção sobre preconceitos, estereótipos, superstições, crenças, generalizações e outras diversas questões ligadas a formação de uma opinião. Tal processo ocorre no raciocínio dos sujeitos mesmo sem que se saiba que está ocorrendo, o que pode afetar a construção de um argumento.

Por exemplo, ter fortes crenças políticas para um determinado lado pode fazer com que o desejo de um sujeito de que sua crença esteja correta afete sua capacidade de julgamento, focando apenas em questões que confirmem o que acredita e diminuindo a importância de possíveis objeções contra seu entendimento. Talvez seja possível dizer que o próprio processo de raciocínio que forma argumentos seja falacioso, uma vez que sujeitos podem ter compromissos morais, políticos e sociais que fiquem no caminho do padrão de racionalidade que se espera de um argumentador na teoria.

A aceitação e imposição de regras lógicas pode não ser o suficiente para garantir a racionalidade esperada de argumentos frente a tais desafios realistas e cognitivistas, “Afim de contas, até a argumentadora que aceita jogar o jogo pelas regras é passível de ser afetada por preconceitos emocionais dos quais ela não está ciente”⁷⁸ (CORREIA, 2012, p. 226, tradução nossa).

Tal processo pode ser considerado como um raciocínio motivado que se apresenta como um grande desafio a teorias argumentativas, e, portanto, apresenta a necessidade de reflexão sobre métodos de garantir a racionalidade dos argumentadores. Já existem propostas teóricas na literatura especializada que tentam oferecer respostas adequadas a complexidade levantada, como por exemplo questões de ética argumentativa, ou seja, padrões éticos que um argumentador deve buscar seguir para manter a racionalidade; mas, os desafios do raciocínio motivado ainda se encontram abertos e com soluções em desenvolvimento.

⁷⁸ No original: “After all, even the arguer who accepts to play the game by the rules is liable to be affected by emotional biases that she is not aware of”.

No entanto, “Embora algumas características dos argumentos morais as tornem particularmente difíceis de analisar, elas não pertencem a algum domínio especial de mera opinião para a qual a análise de argumentos é inaplicável”⁷⁹ (FELDMAN, 2013, p. 382, tradução nossa). Complexidades a parte, o que se pode esperar de teorias argumentativas é que imponham padrões que façam com que a construção e avaliação de argumentos seja adequada.

Em suma, argumentos morais enfrentam duas principais frentes de complexidade: enquanto argumentos e enquanto questões morais. Muita da complexidade de argumentos morais é em relação a desacordos morais e confusões por sentenças morais implícitas ou incompletas. Ainda que seja possível em alguma medida que a moral seja relativa, apenas se utilizar de tal afirmação não constitui uma resposta adequada a um argumento moral.

O principal ponto que se destaca em relação a qualquer tipo de argumento é a necessidade de boas razões, e, portanto, até mesmo para refutar a moralidade de outrem se faz necessário que “[...] os indivíduos precisam ter crenças sobre o que devem fazer, e essas crenças são melhor formadas com base em bons argumentos em vez de maus argumentos”⁸⁰ (FELDMAN, 2013, p. 406, tradução nossa).

A maioria dos argumentos morais não seguirá os modelos de esquemas argumentativos demonstrados anteriormente, mas isso não significa que eles não sejam relevantes, afinal, podem ser úteis na avaliação e reformulações de diversos argumentos. Avaliar a adequação e consistência de um argumento moral é essencial, sendo necessário para tanto a análise de validade e posterior avaliação das premissas.

Os passos para avaliação de premissas em si não são menos complexos, precisando da avaliação do máximo de evidências possíveis que sustentem o que a premissa visa afirmar. Ainda que haja diversas dificuldades, as complexidades encontradas precisam ser enfrentadas, afinal, questões morais são de cunho prático e muitas vezes sujeitos se encontram em situações que os obrigam a se posicionar.

Questões éticas e morais fazem parte do cotidiano e são inescapáveis, e, portanto, fazer o melhor julgamento possível delas é necessário. Usar de

⁷⁹ No original: “They are arguments with conclusions, explicit premises, and implicit premises. The premises can be true or false, and they can be good reasons or not so good reasons for the conclusions”

⁸⁰ No original: “[...] individuals need to have beliefs about what they should do, and those beliefs are best formed on the basis of good arguments rather than bad arguments.”

argumentos morais como ferramentas para publicitar tais questões torna possível uma melhor avaliação de processo de julgamento, o que está sendo valorado e como.

4 RELAÇÕES ENTRE ARGUMENTOS JURÍDICOS E ARGUMENTOS MORAIS

O emprego de regras jurídicas é fundamental: regras jurídicas são essenciais para o convívio coletivo e são impostas por órgãos de um Estado, enquanto outras regras, como as morais, embora também sejam importantes, não possuem os mesmos mecanismos de coerção. Alguém que quebra uma regra jurídica, por exemplo, comete um crime; e então pode ser punido pelo estado. Enquanto alguém que conta uma mentira, indo contra uma regra moral, apenas pode estar sujeito a sanções privadas e indiretas, dificilmente impostas de maneira organizada. No entanto, embora algumas diferenças sejam notáveis, o direito e a moral também partilham de importantes semelhanças.

Como apontam Moore (2012) e Moreso (2015) é possível conceber algumas diferentes relações entre direito e moral na teoria e filosofia do direito contemporânea. Tais relações são complexas e geram discussões duradouras e ainda sem resoluções definitivas. Por tais questões serem tão profundas, o presente trabalho não é audacioso o suficiente para discutir todas as possíveis relações e visa apenas a pequena parcela desta relação que se refere à argumentação.

Assim, no que tange a argumentos, aqui estes foram tratados como úteis em contextos deliberativos no processo de tomada de decisão a fim de se justificar e explicitar a decisão ou conclusão que pode ser alcançada. Tal característica é comum na argumentação e por isso está presente tanto em argumentos jurídicos quanto morais. A argumentação, moral ou jurídica, deve ser um ato público no sentido de ser externalizado, não ficando apenas no raciocínio de um agente ou sujeito. A necessidade de justificação também é característica marcante tanto para argumentação jurídica quanto para argumentação moral.

4.1 ALGUMAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Para tomar uma posição ingênua por apenas um momento: todos nós sabemos a diferença entre direito e moralidade. Nós não confundimos os dois. O direito é composto pelas regras que o governo promulga - muitas delas orientando o comportamento diretamente através da imposição de sanções em ações que o governo deseja desencorajar, e outras regras que afetam o comportamento de maneiras mais sutis ao impor benefícios fiscais seletivos ou pagamentos devidos, ou oferecendo cumprimento legal a certos contratos, fundos, testamentos e assim por diante. Moralidade, em contraste, envolve as regras e princípios de como se deve viver a vida. Para aqueles para quem a moralidade é um assunto secular, a moralidade não está vinculada a nenhuma instituição, e as únicas sanções são aquelas que

vêm da repreensão de seus pares ou da autocensura. Para aqueles que têm uma abordagem mais religiosa da moral as questões, o direito e a moralidade podem parecer semelhantes: pode haver instituições que esclareçam o que essa moralidade religiosa exige, regras morais podem ser pensadas como diretrizes de um legislador, neste caso, um legislador divino, e o crente pode pensar que há punições por transgressão, neste mundo ou em um mundo por vir. Ao mesmo tempo, persistem diferenças acentuadas: a moral religiosa pretende mostrar-nos verdades sem tempo, enquanto as regras legais são sempre relativas a um sistema particular que está ligado a um tempo e a um lugar, e as regras legais são mudadas pelas escolhas falíveis de legisladores falíveis⁸¹. (BIX, 2015, p. 140, tradução nossa)

Embora sejam notáveis as diferenças, também há semelhanças a serem pontuadas. Tanto o direito quanto a moral têm seus argumentos afetados pela razão prática. Por exemplo, no direito, tal aspecto é marcante enquanto característica institucional, por meio de regras promulgadas que tornam uma decisão jurídica de necessária execução pelo estado. A decisão do julgador vincula o julgado, vincula o estado a executá-la, pode vincular o próprio julgador, ou outros como precedente judicial. A razão prática que justifica a conclusão que o julgador encontra em uma decisão judicial vincula qualquer sujeito que aquela decisão afete ou até mesmo se a avaliação do argumento do julgador for realizada por outrem. Pode-se dizer que o direito incorpora por meio da institucionalização a razão prática.

É possível que argumentos morais que justificam uma decisão sigam o mesmo padrão. Por exemplo, ao propor um argumento cuja conclusão prática é que não se deve matar animais espera-se que tal argumento não vincule apenas o sujeito que está argumentando, mas sim, todos os sujeitos ou agentes que podem se relacionar com tal afirmação.

E ainda argumentos jurídicos e morais podem se assemelhar na forma de apresentação padronizada e até mesmo, eventualmente, no conteúdo que seus

⁸¹ No original: "To take a naïve position for just a moment: we all know the difference between law and morality. We do not confuse the two. Law is made up of the rules the government promulgates—many of them guiding behavior directly through imposing sanctions on actions the government wishes to discourage, and other rules affecting behavior in more subtle ways by imposing selective tax benefits or payments due, or by offering legal enforcement to certain contracts, trusts, wills, and so on. Morality, by contrast, involves the rules and principles for how one should live one's life. For those for whom morality is a secular matter, morality is not tied to any institution, and the only sanctions are those that come from the reproach of one's peers or from self-reproach. For those who have a more religious approach to moral matters, law and morality may come to seem similar: there may be institutions which clarify what that religion's morality requires, moral rules may be thought to be the directives of a law-giver, in this case a divine law-giver, and the believer may think that there are punishments for transgression, in this world or in a world to come. At the same time, sharp differences remain: religious morality purports to show us time-less truths, while legal rules are always relative to a particular system that is tied to a time and a place, and legal rules are changed by the fallible choices of fallible law-makers".

argumentos trazem. Então o que pode diferenciar a argumentação prática é a finalidade para que se usa tais argumentos. Todo argumento prático visa dar uma razão generalizável para ação, mas em contextos diferentes. Assim, uma possível notável diferença do uso de argumentos práticos é o seu fim.

Pelo seu caráter institucional o direito deve prioritariamente seguir regras. Entretanto, muitas vezes os fatos podem não estar claros ou mesmo as regras jurídicas necessárias ao caso. Portanto, uma importante atividade que o julgador necessita realizar é a de interpretação. A linguagem jurídica muitas vezes pode ser abstrata ou não clara. Há assim diversas possíveis abordagens à interpretação jurídica, e às vezes até mesmo cabe ao julgador a escolha de com qual método prosseguir.

É importante destacar como a interpretação de questões jurídicas necessita fazer uso de considerações que se podem considerar substantivas, ou pelo menos não jurídicas em um sentido estrito. Por exemplo, quando um julgador apresenta um argumento que rejeita a regra exposta no texto da lei para evitar que um resultado absurdo ocorra, é notável que a interpretação sai do campo institucional que é considerado característica marcante do direito. Assim, em alguma medida tal argumento é consequencialista num sentido substantivo e até mesmo moral, uma vez que visa uma melhor solução que não seria possível se apenas tivesse seguido as razões de autoridade que o texto da lei traz como fonte.

Interpretações jurídicas que constroem um argumento tentando reconstruir o propósito de uma lei também apelam a questões substantivas. Nesse caso, talvez não a questões morais, mas pelo menos fazendo uso de considerações que não sejam institucionais, sejam históricas, linguísticas ou teleológicas. Em alguma medida a interpretação jurídica faz com que seja necessário recorrer a outros tipos de razões que não as de autoridade formal, “Mas isso só serve para mostrar que interpretar a lei é frequentemente uma questão de imbuí-la com conteúdo que ela ainda não tem”⁸² (GARDNER, 2014, p. 827, tradução nossa). Entretanto, como aponta Peczenik (2004, p. 111), é preciso cuidar para não obscurecer a distinção entre direito e moral.

Já a argumentação moral é forma substantiva de argumentação que visa declarar se algo é moral ou não, bom ou ruim, certo ou errado. Diferentemente do

⁸² No original: “But this only goes to show that interpreting the law is often a matter of imbuing it with content that it does not yet have”.

direito não há qualquer autoridade vinculante em questões morais, e, portanto, cada sujeito muitas vezes precisa analisar aquilo que acredita ser mais adequado para formular um argumento moral e guiar a ação. Argumentos morais são analisados a partir dos mesmos critérios de racionalidade que outros argumentos e assim precisam apresentar boas razões para se acreditar numa conclusão.

Argumentos morais também podem seguir o padrão silogístico, precisando de premissas e uma conclusão. Entre suas premissas é preciso figurar uma declaração moral, que normalmente é uma forma de regra ou princípio moral. A outra premissa costuma ser fática, trazendo declarações sobre algum estado de coisas. A premissa factual é julgada à luz da premissa moral para se atingir uma conclusão. Argumentos morais podem versar tanto sobre características intrínsecas de ações bem como sobre consequências. Argumentos morais fazem uso de princípios ou regras morais para definição de valores que são obrigatórios aos sujeitos envolvidos. Claro que tais argumentos não são absolutos, e as premissas que suportam as conclusões muitas vezes precisam ser justificadas ou explicadas.

Mas, de toda forma, para se chegar a uma conclusão adequada é necessário clarificar qual o problema moral que está sendo julgado, sendo essencial identificar que tipo de ação ou classe de ações está sob avaliação e qual a perspectiva moral adotada. Pode-se dizer que a argumentação jurídica partilha de tal característica, uma vez que identificar o fato é essencial para se saber se ele se aplica sob o escopo de alguma norma.

Mas a clarificação de que questão é objeto da argumentação também importa sob outras perspectivas, como pode se demonstrar:

Uma coisa é perguntar se o aborto é *moralmente errado*, e outra coisa é perguntar se o aborto *deve ser ilegal*. Essas são duas questões morais (porque a segunda pergunta o que a lei deveria ser e não o que é), mas elas podem ser respondidas de maneira diferente. Não é incomum que as pessoas afirmem que o aborto é moralmente errado, mas não deve ser considerado ilegal, porque é uma questão pessoal, e não de moralidade pública. Também é importante distinguir a questão de saber se o aborto é ou não moralmente *errado* da questão separada de saber se o aborto é ou não *bom*. As pessoas que negam que o aborto é moralmente errado não sustentam que o aborto seja um bem positivo. Eles não recomendam, por exemplo, que as pessoas engravidem para que possam fazer abortos.⁸³ (SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, p. 384, grifo do autor, tradução nossa)

⁸³ No original: "It is one thing to ask whether abortion is *morally wrong*, and another thing to ask whether abortion *should be illegal*. These are both moral questions (because the second asks what the law should be and not what it is), but they can be answered differently. It is not uncommon for people to claim that abortion is morally wrong but should not be made illegal, because it is a matter of personal, not public, morality. It is also important to distinguish the question of whether abortion is or is

O que se destaca é que diferentes questões morais trazem necessidades de diferentes respostas, sendo assim imperativo a clara identificação daquilo que se pretende tratar em um argumento para que ele possa ser corretamente desenvolvido e posteriormente avaliado se necessário. Por isso clarificar a questão ou problema moral pode ser ainda mais complexo do que a identificação de fatos na argumentação jurídica.

Necessário também mencionar que a característica do direito de nem sempre alcançar o melhor resultado também pode ser partilhada pela moral. Assim como o direito, a moral opera sob um conjunto de regras ou princípios que tem base em teorias morais mais complexas. Isso significa que na prática, as considerações podem conflitar. Assim, a melhor solução para um caso nem sempre é necessariamente a solução que a moral apontaria, podendo ser considerações de outra natureza como econômicas e psicológicas que trazem a melhor solução. De forma geral, entende-se que as considerações morais têm algum tipo de prevalência sobre razões de outra ordem, entretanto, não são absolutas e podem ser derrotadas por uma série de razões de outras naturezas.

Uma outra relação importante é que tanto o direito quanto a moral podem enfrentar indeterminações ou relatividades frente ao escopo do que suas regras ou princípios proporcionam. Exemplifica-se:

Regra: Matar é errado

Fato: J matou P para se defender

Conclusão: J cometeu um ato errado

O exemplo acima é um silogismo deveras simplificado, em que a regra poderia ser tanto jurídica como moral. O ponto que se visa explicitar aqui é que nem sempre todas as regras e princípios a que se tem acesso, tanto na moral como direito, são de simples subsunção em relação aos fatos do que ocorreu. Se não houver uma regra jurídica sobre legítima defesa, o homem sofrerá alguma sanção, enquanto na moral pode ser repreendido pela sociedade. Regras e princípios, tanto

not morally *wrong* from the separate question of whether abortion is or is not *good*. People who deny that abortion is morally wrong do not hold that abortion is a positive good. They do not, for example, recommend that people get pregnant so that they can have abortions".

na moral como no direito podem encontrar fatos em que não se tenha certeza da aplicação ou não de alguma regra. Assim fazem-se necessárias atividades interpretativas que precisam de apoio de considerações internas para clarificar a validade do argumento e externas para garantir a aceitabilidade das premissas. Ambas justificações internas e externas podem se fazer necessárias a argumentos jurídicos e morais.

Questões de justificação externa podem versar tanto sobre a validade de alguma regra que pode ser aplicada ao caso como sobre a das premissas que foram empregadas em um argumento. Para o argumento dedutivo ser sólido, tanto as questões internas quanto externas precisam ser adequadamente endereçadas, o que tende a ocorrer por uso de outros argumentos complementares, que não necessariamente precisam ser silogísticos.

Argumentos silogísticos são de particular importância para o direito, mas isso não significa que seja a única possibilidade argumentativa como realçado anteriormente. A avaliação de premissas no direito pode ser considerada mais simples na identificação de regras aplicáveis, uma vez que tudo que se faz necessário é encontrar as regras jurídicas já positivadas como aponta Gardner (2014, p. 827), sem a necessidade de recorrer a regras morais que podem precisar ser construídas ou identificadas em teorias morais.

Entretanto, regras jurídicas são deveras limitadas em relação a gama de possibilidades de ações existente na realidade social. Não é razoável esperar que todos os conflitos de uma sociedade possam ser solucionados pela via jurídica e tão pouco que regras positivadas possam dar todas as respostas necessárias de antemão. Ações humanas e suas possíveis consequências, embora em alguma medida possam ser previstas, possuem mais possibilidades do que qualquer código legislativo possa esperar prever.

Ainda assim, há uma observação interessante que pode ser feita a atividade de legisladores, uma vez que o tipo de argumentação que realizam pode ser considerada mais complexa. “Quando os legisladores debatem o assunto, eles sabem o que é a lei; esse não é o tópico de seu debate. Eles estão debatendo o que a lei deveria ser. Assim eles estão debatendo uma questão moral”⁸⁴ (FELDMAN, 2013, p. 373, tradução nossa). Legisladores também exercem suas atividades em

⁸⁴ No original: “When the legislators debate the matter, they know what the law is; that is not the topic of their debate. They are debating what the law should be. Thus they are debating a moral issue”.

uma instituição com regras, e assim, devem seguir procedimentos institucionais para apresentarem considerações substantivas que são transformadas – ou não – em regras.

A abertura do direito para questões substantivas ocorre pelas possibilidades que suas próprias regras trazem (ou falham em trazer) – tanto para legisladores quanto para julgadores. Ou seja, mesmo legisladores tem limites quanto ao apelo que podem fazer a questões morais e devem seguir regras que Hart (1994) considera como secundárias para a alteração e imposição de novas regras.

No mais, trazer questões morais para serem argumentadas no direito é tratar de moralidade em âmbito público, trazendo concepções morais para dentro do estado. Julgadores certamente têm opiniões sobre questões morais, políticas e sociais, mas a questão pela característica institucional do direito e sua argumentação é que tais concepções não devem ser o foco de seus argumentos a não ser que assim seja requerido frente ao caso que está em debate e suas particularidades⁸⁵.

E mesmo assim, não é o ponto de vista pessoal do julgador que importa e deve aparecer em um argumento. Importante notar que o direito também pode ser afetado pelas questões de raciocínio motivado (intencionais ou não)⁸⁶ trazidas no capítulo sobre argumentação moral, e, portanto, pressupostos racionais e éticos para a argumentação também são necessários à argumentação jurídica, sendo possível a necessidade de que se promulgue regras para institucionalizar tais padrões, pois:

Se existe um núcleo moral comum em nossa sociedade pluralista, o direito pode visar protegê-lo.

[...]

Além disso, uma vez que alguns valores são protegidos pela lei - porque a legislatura, o judiciário ou a doutrina jurídica os consideram como pertencentes ao núcleo comum - eles ganham força. O próprio fato de que eles são assim "positivados" os torna salientes e, portanto, mais difíceis de ignorar⁸⁷. (PECZENIK, 2004, p. 112, tradução nossa)

⁸⁵ E ainda que haja a possibilidade de argumentação moral no direito, ela segue padrões de racionalidade comum a todos os argumentos.

⁸⁶ Pode-se encontrar algumas de tais objeções no direito a partir da literatura do realismo jurídico, como exemplifica Leiter (2010).

⁸⁷ No original: "If there is a moral common core in our pluralist society, the law may aim at protecting it. [...] Moreover, once some values are protected in the law—because the legislature, judiciary or legal doctrine regard them as belonging to the common core—they gain strength. The very fact that they are thus "positivized" makes them salient and thus more difficult to ignore".

Sujeitos podem discordar sobre o que é certo ou errado, mas o que é legal ou não é algo de muito mais fácil visualização, uma vez que tende a depender apenas de fontes positivadas do direito. Do ponto de vista ideal, o direito traz para a sociedade certezas de resultados claros em muitas questões por suas leis, evitando conflitos morais que podem ser complexos e demorados para alcançar uma solução para uma questão específica. Como aponta Schauer (2009, p. 84), os limites do direito se dão pela autoridade legal, que se comunica por meio de suas fontes obrigatórias. Assim, o direito se faz essencial para regular a vida em sociedade, ou seja, em alguma medida o institucional é necessário para o substantivo, uma vez que põe um ponto final a disputas.

Claro que a moral tem restringida arbitrariedade nas questões argumentativas por padrões de racionalidade, almejando formas lógicas e conclusões adequadas. Entretanto, muitos dos princípios morais podem se provar frágeis por dificuldades de concordância sobre qual princípio deve ser empregado ou mesmo sobre como sobrepesá-los frente a questões fáticas.

O direito por outro lado é mais fixo, regras são criadas pelo legislador ou julgador e restringem a necessidade de sobrepesar, sendo preciso apenas em casos mais complexos. As premissas de um argumento jurídico podem ser pressupostas uma vez que as regras já estão vigentes, nem sempre precisando justificar a regra por outros argumentos externos ao principal. Assim parece ser melhor que uma sociedade tenha um sistema composto de regras como é o direito, que pode levar a casos com decisões equivocadas, do que esperar que um sujeito ou agente possa depender apenas de seus julgamentos morais para todos os conflitos que são levantados na vida cotidiana.

Mas há situações particulares para julgadores no direito. Estes podem se encontrar sem regras diretas aplicáveis ou com termos carregados de significados para além de jurídicos; soma-se isso com uma obrigação de decidir, um julgador se vê na posição de ter de recorrer a razões para além das de autoridade que são comuns ao seu âmbito de argumentação institucional.

A questão que prevalece é que nem sempre ir além do que o direito já prevê é necessariamente apelar a considerações morais, mas sim, muitas vezes substantivas de outra natureza. Tal processo de ir além do que é considerado institucional já fora até mesmo comparado a atividade legislativa por parte dos

juizadores, entretanto, como aponta Gardner, “[...] fazer o direito pelo raciocínio jurídico não é o mesmo que legislar”⁸⁸ (2014, p 828, tradução nossa).

4.2 ARGUMENTOS MORAIS EM CONTEXTOS JURÍDICOS

Pode-se dizer que as regras impostas e o sistema institucional em que operam são as características que obrigam os juizadores a decidirem conforme o direito. Mas nem todo caso pode ser resolvido apenas com as regras já existentes, e por isso, como aponta Gardner, “[...] é possível usar o raciocínio jurídico para chegar a uma nova norma que permita (ou constitua) uma decisão no caso, e essa norma seja validada como uma nova norma no processo”⁸⁹ (2012, p. 39, tradução nossa).

Claro que tal processo de raciocínio jurídico que Gardner aponta não é simplesmente argumentar sobre as regras jurídicas que já se aplicam a um caso. Mas sim, uma argumentação que combine premissas jurídicas já existentes com premissas de outras naturezas, como as morais. Mas tal possibilidade é controversa.

O pensar em relação ao direito dentro de correntes positivistas na teoria do direito trouxe uma suposta cisão entre direito e moral⁹⁰, e, portanto, tais teorias “estão fundadas na ideia de que o direito é autônomo em relação a todas as demais esferas da razão prática”⁹¹ (BERTEA, 2008, p. 9, tradução nossa). Entretanto, faz-se necessário destacar o entendimento de que o contexto jurídico dotado de decisões tem também um caráter prático que impacta a vida de diversos sujeitos, e tal isolamento pode não ser ideal.

Dessa forma, o direito tem uma preocupação com questões práticas, e compreender o direito como forma especial de razão prática por sua finalidade implica que a própria natureza jurídica obrigue a dar razões nos argumentos de modos que sejam consoantes com necessidades substantivas. É possível entender que instituições que operam com o direito trabalham de forma ética, uma vez que permitem espaços onde os sujeitos podem participar na formação dos valores e dos

⁸⁸ No original: “[...] making law by legal reasoning is not the same as legislating”.

⁸⁹ No original: “it is possible to use legal reasoning to arrive at a new norm that enables (or constitutes) a decision in the case, and this norm is validated as a new legal norm in the process”.

⁹⁰ Importante notar que a suposta cisão é complexa, podendo até mesmo ser refutada em alguma medida. Positivistas como Raz têm certas interpretações sobre uma conexão necessária entre direito e moral (RAZ, 2009, pp. 167-169, 179-181). Já Green (2008), por exemplo, dá uma visão contra a tese de separação entre direito e moral.

⁹¹ No original: “[...] are grounded in the idea that law is autonomous from other spheres of practical reason”.

princípios que regem suas vidas, como aponta Bankowski (2007, p. 202); tal participação é analisada e resulta em argumentos que reúnem as razões para as conclusões alcançadas. Acrescenta-se ainda que:

Os profissionais legais devem agir moralmente em seu trabalho pelo mesmo motivo que os médicos e os soldados devem: porque o trabalho deles afeta vidas das pessoas de maneiras moralmente significativas. Não há mais nenhum problema de por que eles devem agir moralmente. Considerando que existe um problema adicional - um problema moral - de por que eles devem acatar as normas legais quando o fazem.⁹² (GARDNER, 2012, p. 189, tradução nossa)

Argumentos morais tendem a aparecer no direito principalmente perante a necessidade de se decidir casos difíceis em que as regras ditadas previamente são insuficientes para determinar o que deve ser feito. Dessa forma, juristas fazem um esforço para levar razões substantivas, de forma coerente, para dentro do direito, e isso também se enquadra como uma maneira de pensar em problemas legais.

Como exposto anteriormente, argumentos morais também devem vir de uma racionalidade em que o pensamento seja conduzido de forma responsável, sendo orientado por avaliações de forma e também de quaisquer requisitos de racionalidade aplicáveis. Tais características têm a finalidade de tentar alcançar uma resposta bem apoiada, em razões, a uma questão bem definida, e é por meio desse raciocínio que se atingem argumentos morais que serão utilizados em um caso concreto, mesmo que jurídico, pois, tal característica é consonante com o que o direito propõe.

No raciocínio moral há a preocupação com questões sobre como reconhecemos as considerações morais e as enfrentamos quando há conflitos morais; mas também sobre como a moral deve guiar a ação. Assim a moral também pode prover premissas para serem usadas no direito, a fim de entender questões sobre o que é certo ou errado para o caso concreto, dando ou apoiando razões correspondentes para adotar uma ação.

Importante notar que tal processo de tomada de decisão no direito ocorre num âmbito público, e assim autoridades não estão decidindo o que fazer enquanto sujeitos privados, mas “Quando deliberam e votam ou decidem em suas respectivas

⁹² No original: “Legal practitioners, including judges, should act morally in their work for the same reason that doctors and soldiers should: because their work affects people’s lives in morally significant ways. There is no further problem of why they should act morally. Whereas there is a further problem—a moral problem—of why they should defer to legal norms when they do so”.

instituições, estão decidindo o que deve ser feito em nome de toda a sociedade”⁹³ (WALDRON, 2009, p. 5, tradução nossa).

Aqui não se visa focar em apenas uma forma de teoria moral e como essa se desenrola nos fenômenos morais dentro do direito. Mas sim entender de forma geral como argumentos morais podem ser entendidos e usados no direito, a fim de visualizar possibilidades e elementos que o caracterizam. A compreensão de argumentos morais proposta no capítulo anterior é importante para se entender como se desenvolve uma resposta correta ou adequada para questões morais que podem impactar o âmbito jurídico, pois é um passo além do que as regras positivadas preveem; bem como pode se dar o processo para a apresentação de uma premissa moral, ou da predileção de uma premissa moral sobre uma jurídica (ou vice-versa), casos que juristas podem se encontrar chamados a decidir.

A análise de cada caso possibilita dar considerações particulares que são essenciais para se aplicar e analisar argumentos morais. Isso se faz importante uma vez que embora algumas premissas ou princípios sejam moralmente relevantes em alguns casos, isso não traz a sua necessária aplicação em todos, ou seja, há de se falar necessariamente em contextos. Já princípios têm como característica serem uma proposição essencial que sirva de base para um sistema (de crença ou comportamento) ou ainda para uma cadeia de raciocínio que resulta em um argumento para justificar algo. Afirmações morais, até mesmo princípios, muitas vezes conflitam entre si como já mencionado anteriormente.

Destaca-se ainda a possibilidade de premissas morais permearem o Direito na medida em que apenas a utilização de leis ou regras trazem resultados que são considerados inadequados. E, portanto, se os julgamentos feitos por seres humanos são inevitavelmente um produto do que os seres humanos pensam e por consequência argumentam, dificilmente é errado questionar teoricamente sobre como argumentos estritamente e meramente jurídico seriam insuficientes, uma vez que podem levar a resultados até mesmo inaceitáveis. Há, portanto, dois tipos de caso difícil: aquele em que o direito não é claro e aquele em que o direito é gravemente imoral. Em ambos os tipos de caso, juízes são compelidos a recorrer a premissas morais.

⁹³ No original: “When they deliberate and vote in their respective institutions, they are deciding what is to be done in the name of the whole society”.

É também possível que considerações morais e legais estejam em conflito e, portanto, exige-se que se façam julgamentos sobre quais considerações devem prevalecer em circunstâncias particulares. Uma das dificuldades que tais relações podem encontrar é no sentido de que “[...] as responsabilidades de aplicar a lei podem interferir e distorcer - em vez de simplesmente ocorrerem paralelamente – as suas responsabilidades como raciocinadores morais (como eles são)”⁹⁴ (WALDRON, 2009, p. 9, tradução nossa).

Juristas possuem poucos métodos amplamente reconhecidos para utilização da moral em seus argumentos. Por exemplo, advogados são ensinados a apoiar uma interpretação particular do direito argumentando que sua interpretação preferida “[...] seria consistente com uma política pública sólida, mas eles não têm nenhuma maneira prescrita de construir tais argumentos”⁹⁵ (VANDEVELDE, 2011, p. 4, tradução nossa). Uma possibilidade elencada aqui (e que será exemplificada mais adiante) é o uso de premissas morais no interior de argumentos que sejam jurídicos.

Entretanto, destaca-se que o uso de premissas morais não torna o direito e a moral indistinguíveis; o Direito opera através de instituições que, *a priori*, têm limitações como o respeito à legislação, precedentes e outras formas de autoridade existentes no sistema jurídico. Dessa forma, não é possível falar em argumentos morais livres, desprendidos da legislação e precedentes.

É possível dizer que a lógica que rege premissas e princípios morais e seus respectivos argumentos segue uma possibilidade de universalização, no sentido de que devem se aplicar a todas as situações semelhantes, não importando quem forem os sujeitos. O direito segue a mesma característica, e isso também seria forma de restringir juízos morais livres uma vez que há de se falar em coerência do sistema jurídico, evitando que cada julgador dê seu juízo de valor particular.

O que pode ser relativo é a aplicação de tais princípios em relação aos contextos dos casos concretos. Mas de toda forma, descrever instituições jurídicas é uma prática que permanece ligada a princípios e valores que vão além de uma previsão institucional “rígida”.

O respaldo para hipótese apresentada para uma conexão entre direito e moralidade decorre do entendimento de que – em casos difíceis – argumentos

⁹⁴ No original: “law-applying responsibilities might interfere with and distort — rather than merely run parallel to — his responsibilities as a moral reasoner (such as they are)”.

⁹⁵ No original: “[...] would be consistent with sound public policy, but they have no prescribed way of constructing such arguments”.

podem ser apropriadamente jurídicos ainda que possuam uma ou mais premissas morais. Pode-se falar então em uma distinção do raciocínio jurídico em diferentes formas por utilizar diferentes tipos de argumentos, um raciocínio *sobre* o direito (*reasoning about the law*), que diz respeito às normas legais que indubitavelmente se aplicam ao caso; e a outra forma raciocínio *de acordo* com o direito (*reasoning according to law*)⁹⁶, que opera com regras legais já válidas em suas premissas, mas também consegue combinar no mesmo argumento premissas de natureza substantivas, tipicamente morais. Segue um exemplo de raciocínio sobre o direito para uma melhor visualização:

Regra: qualquer pessoa que chama a outra pessoa de mentirosa tem o dever de pagar \$ 50 para essa outra pessoa.

Fato: Barnewall (uma pessoa) chamou Adolphus (outra pessoa) de mentiroso.

Decisão: Assim, a Barnewall tem o dever de pagar US \$ 50 para Adolphus.⁹⁷ (GARDNER, 2012, p. 76, tradução nossa)

Tal exemplo é um caso de raciocínio sobre o direito uma vez que se assume que a regra na premissa é advinda de uma fonte obrigatória do direito (como uma decisão em caso de precedentes ou uma regra positivada). Dessa forma, o argumento atém-se a normas que indubitavelmente já estão presentes no âmbito jurídico e se aplicam claramente aos fatos do caso. O próximo exemplo visa demonstrar um raciocínio de acordo com o direito:

(1) A Lei de Direitos Civis de 1964 afirma que todos têm o direito legal de não ser discriminado em relação ao emprego em razão do seu sexo (norma legal baseada na fonte); (2) negar que uma mulher trabalhe com base na gravidez é moralmente igual a discriminá-la em virtude de seu sexo, mesmo que não exista comparador masculino para uma mulher grávida que permitiria que a negação contasse como discriminação sexual no sentido técnico (uma reivindicação moral baseada em méritos); portanto, (3) as mulheres têm o direito legal de não perder um emprego com base em sua gravidez (uma nova norma legal); agora, (4) a essa mulher P foi negado um trabalho por D em virtude de sua gravidez; portanto, (5) D deve P um trabalho.⁹⁸ (GARDNER, 2012, pp. 39-40)

⁹⁶ Os conceitos de *reasoning about the law* e *reasoning according to law* são extraídos da obra de Gardner (2012, p. 39), que está expandindo o conceito a partir de obras de Joseph Raz.

⁹⁷ No original: "Rule: Any person who calls another person a liar has a duty to pay \$50 to that other person. Fact: Barnewall (a person) called Adolphus (another person) a liar. Ruling: Thus, Barnewall has a duty to pay \$50 to Adolphus."

⁹⁸ No original: "(1) the Civil Rights Act of 1964 gives everyone the legal right not to be discriminated against in respect of employment on the ground of his or her sex (source-based legal norm); (2) denying a woman a job on the ground of her pregnancy is morally on a par with discriminating against her on the ground of her sex, even though there is no exact male comparator to a pregnant woman that would allow the denial to count as sex-discriminatory in the technical sense (merits-based moral claim); thus (3) women have a legal right not to be denied a job on the ground of their pregnancies

Tal exemplo pode ser considerado mais complexo do que o raciocínio sobre o direito uma vez que há interação entre normas legalmente válidas e outras não, que vêm de premissas morais. Mais ainda, o argumento estabelece uma nova norma legal por apelar a uma norma moral em conjunto com a legal. Dessa forma, é possível conceber exemplos de como o raciocínio jurídico proporciona algo de singular para argumentos legais ao propiciar razões que possam se dar de forma exclusiva de premissas legais, mas ao mesmo passo fornece possibilidades de emprego de premissas morais para se decidir de forma mais adequada, possivelmente sem alterar as características do que possa ser considerado um raciocínio jurídico e argumentação jurídica.

Ainda que haja alguma discricionariedade para julgadores em alguns casos de usarem premissas morais em seus argumentos, isso não significa que uma decisão jurídica terá como base apenas considerações substantivas, como argumentos estritamente morais ou políticos. Como aponta Berteia (2003, p. 215) “[...] casos fáceis e casos difíceis exigem que atividades argumentativas sejam resolvidas, mas essas atividades argumentativas diferem quanto à margem discricionária deixada aos intérpretes”⁹⁹. Destaca-se que para um correto emprego da argumentação jurídica (mesmo com premissas morais) o julgador não pode apenas desconsiderar a legislação já existente. Assim, é possível que decisões que seguem o raciocínio de acordo com o direito ou sobre o direito possam sanar todas as questões em um conflito jurídico. Mais ainda, uma argumentação puramente substantiva não deve normalmente ser aceita no direito, mas o uso de argumentos morais e jurídicos combinados, em uma forma híbrida, é uma possibilidade.

Note que os julgadores que estão usando argumentos morais não estão - ou pelo menos não deveriam estar - decidindo apenas com base em preferências pessoais, uma vez que deliberam de forma pública, afetando diversos sujeitos que vivem em uma determinada comunidade. Como aponta Sunstein (2018, p. 19, tradução nossa): “Para entender o que a moralidade exige, ou o que a lei deveria ser em casos difíceis, precisamos buscar o que nós - cada um de nós - realmente

(new legal norm); now (4) this woman P has been denied a job by D on the ground of her pregnancy (proven fact); thus (5) D owes P a job (a further new legal norm, but a non-general one)”.

⁹⁹ No original: “[...] easy cases and hard cases alike require argumentative activities to be settled, but these argumentative activities differ as to the discretionary leeway left to interpreters”.

acreditamos; não há outro lugar para procurar”¹⁰⁰. Mas, ainda que a busca seja individual, ela se pauta em padrões racionais.

Não se considera que o direito tenha o melhor lugar para fazer uso de argumentos morais – pelo menos não de forma livre. Entretanto, é inegável que há uma necessidade de utilização de premissas morais para poder ser decidida questões jurídicas. O que o direito positivo pode proporcionar é essencial, mas limitado. Por isso considerações de natureza substantiva podem se fazer necessárias para um argumento jurídico.

A decisão de quando é possível fazer o uso de premissas ou argumentos morais no direito ainda é complexa, uma vez que as competências legislativas e judiciais podem se cruzar, e talvez regras positivadas que elenquem ou restrinjam as possibilidades argumentativas possam se fazer úteis.

A questão de alocar o uso de argumentos morais dentro do estado é uma questão moral que dispõe sobre a distribuição do poder e formas de argumentação e é de extrema importância. Definir quanta discricionariedade os julgadores devem ter para o emprego de premissas e argumentos morais é um compromisso particular de cada sociedade, podendo variar conforme a concepção adotada.

A complexidade se aumenta uma vez que a tomada de decisões morais por parte do estado ocorre de maneira coletiva. Por exemplo, no caso de legisladores, os argumentos morais que empregam não têm normatividade por conta própria. Suas declarações dependem da aprovação do órgão coletivo para a promulgação de regras. Assim, a transformação de considerações substantivas em regras jurídicas ou administrativas precisa ser avaliada e aprovada por centenas de sujeitos.

No caso de julgadores, não necessariamente. Um julgador de primeira instância pode ter discricionariedade em alguns casos para empregar premissas morais e raciocinar de acordo com o direito. Mesmo no caso de órgãos jurídicos colegiados¹⁰¹, como cortes constitucionais, o número de indivíduos que apreciam uma questão é muito reduzido, ou seja, há menos pessoas diretamente ligadas ao caso avaliando os argumentos expostos. Talvez uma grande diferença é que os argumentos usados por juízes são dados em contextos deliberativos, enquanto os

¹⁰⁰ No original: “To understand what morality requires, or what the law should be in hard cases, we need to canvass what we— each of us— actually believe; there is no other place to look”.

¹⁰¹ Ressalta-se que a tomada de decisão em órgãos colegiados no direito pode ser muito mais complexa por não estar se atingindo conclusões de maneira individual, como assevera Rodrigues (2011, p. 49).

de legisladores em contextos persuasivos, em que precisam de votos de seus colegas para terem seus argumentos validados e transformados em regras.

Mas algo que tanto julgadores em órgãos colegiados como legisladores podem ter em comum é que é possível discordar de toda uma teoria que forma uma premissa ou um argumento e ainda assim concordarem com a conclusão. A argumentação com características morais em âmbito público é complexa, ainda mais quando se leva em consideração que não estão tomando tais decisões sozinhos. Pode haver uma pluralidade de argumentos diferentes que chegam a similares conclusões, que somados dão uma decisão final em uma mesma direção.

Por exemplo, o que é considerado como abuso de liberdade de expressão é uma questão moral que tanto órgãos jurídicos como legislativos podem vir a regulamentar. Podem discordar de um argumento sobre liberdade de expressão e ainda atingirem a mesma conclusão de que um ato é proibido. É também necessário que quando tais decisões forem tomadas pelo judiciário as premissas ou argumentos morais estejam claros, se não há apenas um vício formalista que não reconhece as considerações substantivas que emprega.

Muitos casos jurídicos, talvez até mesmo a maioria, não virá a depender de considerações substantivas, sendo independente de tais considerações ou apenas precisando do contexto para a identificação correta de um significado. Como aponta Bix, “Podemos estar inclinados a superestimar os méritos morais do direito, mas nós ainda não confundimos os dois”¹⁰² (2015, p. 141). Entretanto, particularmente em casos constitucionais, que usam de linguagem abstrata e carregada de significados substantivos, para se atingir uma adequada conclusão é preciso indagar questões de ordem moral.

Como uma questão de direito, qualquer entendimento específico das palavras “liberdade de expressão” ou “proteção igual” exigirá muito mais do que um dicionário ou uma aula de idioma. Assim, não podemos dizer se a ação afirmativa é obrigada ou proibida por uma exigência de “proteção igual” sem saber muito mais do que os dicionários nos dizem. O mesmo é verdade quanto à questão de saber se a publicidade comercial enganosa é protegida pela “liberdade de expressão”. Talvez os materiais legais autoritativamente resolvam a questão; talvez haja um entendimento compartilhado, entrincheirado na lei. Se sim, a compreensão compartilhada pode muito bem refletir o acordo sobre alguns argumentos substantivamente morais ou políticos. Se não, uma visão sobre esse ponto

¹⁰² No original: “We may be inclined to overestimate the moral merits of the law, but we still do not confuse the two”.

pode requerer não uma lição de linguagem, mas um argumento moral ou político substantivo.¹⁰³ (SUNSTEIN, 2018, p. 141, tradução nossa)

Regras nem sempre podem ser interpretadas sem entendimentos comuns ou apelos a considerações de ordens para além de institucionais. Isso torna possível que se revisem as regras frente aos casos particulares, dando melhor adequação ao direito como um todo e solucionando conflitos importantes.

Ressalta-se que, embora argumentos morais e jurídicos se misturem em casos difíceis, ainda faz sentido dizer que questões morais e jurídicas são distintas. Por exemplo, do ponto de vista moral, as pessoas podem concordar que matar é errado, mas do ponto de vista jurídico, podem debater se a constituição dá a possibilidade de pena de morte em alguns casos. É comum que questões carregadas moralmente sejam jogadas ao judiciário para decidir como palavra final, tornando-se uma questão de interpretação jurídica, quando o ideal é que fossem decididos pela sociedade e seus representantes, dando prioridade a um julgamento moral que tem embasamento democrático. Como aponta Dutwin (2003, p. 240) é preciso preocupar-se na deliberação não apenas se haverá argumentos racionais, mas também quantos e por quem. Pensar e argumentar moralmente, fora da arena jurídica, é ter uma maior liberdade para a revisão de conclusões e decisões.

¹⁰³ No original: “As a matter of law, any particular understanding of the words “freedom of speech” or “equal protection” will require much more than a dictionary or a language lesson. Thus we cannot say whether affirmative action is compelled or prohibited by a requirement of “equal protection” without knowing much more than dictionaries tell us. The same is true of the question of whether misleading commercial advertising is protected by “freedom of speech.” Perhaps the legal materials authoritatively resolve that question; perhaps there is a shared understanding, entrenched in law. If so, the shared understanding might well reflect agreement on some substantive moral or political argument. If not, a view on that point might well require not a language lesson but a substantive moral or political argument”.

CONCLUSÃO

Visou-se aqui analisar algumas das principais características de argumentos jurídicos e morais para então poder visualizar algumas das relações entre estes dois tipos diferentes de argumentações. Importante ressaltar que a perspectiva adotada foi teórica; objetivou-se realizar uma análise e descrição de tais relações, em que primeiro foi necessário compreender as principais características, singularidades e complexidades da argumentação jurídica e então da argumentação moral. As generalizações entre suas relações só foram possíveis depois de compreendê-los como fenômenos individuais.

De forma geral, foi possível visualizar que argumentos têm sua composição dada por frases, declarações ou proposições que operam como premissas, dando razões para uma conclusão e ou decisão ser atingida. Enquanto atividade, a argumentação preocupa-se em apresentar razões contrárias ou favoráveis em relação a alguma proposição. Tal atividade argumentativa é útil na justificação de razões em decisões explícitas ou publicitadas. Mais especificamente, desenvolveu-se a argumentação frente a uma perspectiva de argumentação prática que justifica conclusões que podem ser alcançadas, demonstrando razões para fazer ou deixar de fazer algo.

O processo de tomada de decisão como um todo pode ser mais complexo e envolver questões de raciocínio que impactam a forma como se argumenta. Entretanto, o desenvolvimento visado aqui foca apenas no processo que é tornado público da tomada de decisões, que ocorre por meio de argumentos. Nesse sentido, juristas e pessoas comuns partilham de muitas características em relação a como podem argumentar, e assim foi necessário um desenvolvimento teórico para o entendimento do que há de singular na argumentação jurídica que merece atenção.

Para tanto, primeiro foi necessário entender a possível diferenciação entre argumentação prática institucional e substantiva. Ambos os tipos de argumentação estabelecem conclusões sobre ações, mas de formas diferentes. A argumentação substantiva é aquela usada no dia a dia que tem liberdade para recorrer a razões de naturezas diversas como morais e políticas. Já a argumentação institucional é a que se considera predominante no direito, implica em seguir as regras promulgadas e seguir padrões, atendo-se “às regras do jogo”. Para o direito a simples existência de

uma regra que prevê uma determinada conduta é uma razão para se seguir tal regra, sua existência é uma autoridade a ser seguida.

A característica institucional pode ser amplamente visualizada na argumentação jurídica. Para ser um argumento jurídico é preciso que pelo menos uma das premissas traga uma regra jurídica. Normalmente em um argumento a primeira premissa é uma regra e a segunda a descrição dos fatos que tem como conclusão a aplicação ou não da regra em relação aos fatos. A importância dos fatos na argumentação jurídica é destacada uma vez que é apenas a partir dos fatos que é possível identificar se há regras aplicáveis ao caso que está sendo julgado.

A característica institucional do direito dá prevalência ao que está disposto em regras em relação a qualquer outro tipo de resultado. Isso significa que o direito não se propõe necessariamente a alcançar o melhor resultado frente aos casos que julga. Mas sim, que tenta dar a maior coerência de tratamento possível aos diversos casos dando uma certa previsibilidade.

Se consideradas razões substantivas, é possível que o resultado alcançado fosse diferente. Porém segue como complexidade da argumentação jurídica a correta identificação dos fatos, que podem acabar entrelaçados com questões de direito; e ainda a complexidade de se saber quais as fontes do direito aplicáveis frente ao caso concreto. O julgador no direito se encontra na obrigação de decidir e precisa enfrentar tais questões.

Além dessas questões, é preciso fazer uso da interpretação. A interpretação impacta diretamente como os argumentos jurídicos são formulados e dispostos, sendo passo essencial. Por exemplo, diversas diferentes fontes do direito podem ser usadas para a resolução de um litígio, mas é dada a interpretação dos fatos e do direito que se encontra o que deve ser aplicado ao caso concreto. Há diferentes formas de abordar a interpretação, e um julgador precisa escolher entre elas, havendo algum grau de discricionariedade ao escolher o método interpretativo.

Característica importante do direito é a construção de argumentos com base no que prescreve uma autoridade, sendo tais argumentos desejáveis. Seguir disposições autoritativas é forma de argumentação que deve aparecer em algum momento da argumentação que justifica uma decisão judicial, reportando-se a alguma fonte obrigatória do direito. A partir de tal entendimento visou-se exemplificar alguns dos possíveis argumentos que se pode elencar no direito. A exemplificação

foi feita a partir das fontes obrigatórias que se consideram mais comuns na teoria jurídica, as leis e os precedentes.

A argumentação por meio de leis utiliza o texto legal, que pode ser visto como a fonte primária do direito. É preciso interpretar o texto legal para poder discernir seus possíveis sentidos. O ponto inicial costuma ser pelo sentido literal que as palavras do texto proporcionam, que também pode ser visto como textualismo.

A linguagem de uma lei pode fornecer uma resposta plausível, mas também não fornecer uma resposta clara ou ainda uma resposta ruim, e por isso o textualismo não é suficiente como método interpretativo para todos os casos. As diferentes possibilidades de interpretação de legislações fazem com que seja necessário que a interpretação seja justificada por um argumento, não havendo forma prescrita para tanto. Podem-se apresentar argumentos jurídicos de diferentes maneiras.

A outra fonte obrigatória do direito são precedentes, que são formas de autoridade advindas de decisões de casos anteriores, que vinculam o julgamento de um caso atual a ser decidido com algum anterior. Tais decisões que constituem precedentes têm o mesmo status que outras leis e são obrigatórios. Por exemplo, as decisões de tribunais superiores vinculam possivelmente as decisões de tribunais inferiores, sendo obrigados a seguir as decisões. Os precedentes seguem uma lógica de seguir a autoridade que é marcante no direito. Tal autoridade opera hierarquicamente de forma vertical, mas também horizontal, em que os julgadores precisam respeitar as decisões anteriores do seu próprio tribunal ou vara.

O entendimento comum em relação a precedentes é que eles possuem uma *ratio decidendi* que apresenta uma razão pela qual aquela decisão fora tomada. Tal razão é extraída da decisão anteriores e aplicada a casos atuais, operando como forma de raciocínio com regras. Mas há outra abordagem conhecida para a aplicação de precedentes, tal abordagem consiste em analogias em que os julgadores avaliam as semelhanças e diferenças entre caso passado e atual, em que se existirem grande semelhanças a decisão anterior deve também ser aplicada ao caso atual. O que importa ressaltar é que não há consenso sobre o raciocínio que rege os precedentes judiciais, e pode-se argumentar com precedentes de diferentes formas.

Postas as questões de argumentação jurídica, visou-se também desenvolver um entendimento sobre como é possível argumentar moralmente. A argumentação

moral foi desenvolvida como um tipo de argumentação substantiva que virar declarar se algo é bom ou ruim, certo ou errado e, portanto, deve ou não ser feito. Dar argumentos morais é clarificar o que se considera certo e errado e permite julgamentos para além de subjetividades.

No campo da moral, diferente do direito, não há uma autoridade que vincule uma decisão e as regras ou princípios não são promulgadas por instituições oficiais. Tal característica torna ainda mais importante uma adequada justificação de escolhas morais que pode ser visualizada por meio de argumentos.

Argumentos morais podem seguir a mesma estrutura que outros tipos de argumentos, precisando conter premissas e uma conclusão que traz uma declaração moral. Uma das premissas expressará uma regra ou princípio moral e outra expressará as questões factuais sobre uma ação ou estado de coisas. A conclusão relata se os fatos se enquadram na premissa moral. Argumentos que avaliam se algo deve ou não ser feito simplesmente por possuírem uma determinada propriedade podem ser considerados argumentos morais simples.

Argumentos morais podem também versar sobre a desejabilidade de consequências, em que se considera algumas consequências moralmente importantes. A gama de que consequências são valoradas e como pode ser gigantesca, e pode ser difícil elencar o que realmente é moralmente importante, justamente por existirem diversas opções.

Em suma, argumentar no campo moral é um ato de deliberar para resolver uma questão prática se algo deve ou não ser feito com base em características do ato ou propriedades inerentes. Exemplos de disso podem ser visualizados em argumentos morais simples e sobre consequências de ações. Apresentar argumentos morais dessa maneira é resolver questões morais que impactam a vida cotidiano de sujeitos.

Há muita concordância quanto a questões morais, em que alguns princípios básicos são compartilhados por determinadas comunidades. A escolha de premissa morais em argumentos deve primar por tais acordos e usar de regras ou princípios morais mais autoevidentes que forem alcançados.

Mas ainda que se partilhe de entendimentos o escopo de suas aplicações pode variar grandemente na prática. É possível que sujeitos usando as mesmas regras cheguem a conclusões morais muito diferentes. Isso demonstra como questões morais podem ser complexas uma vez que podem levantar discordâncias.

Sujeitos podem ter diferentes teorias morais ou aplicá-las de formas diferentes frente a questões práticas. Isso demonstra como em alguma medida há uma relatividade na moral, uma vez que há divergências sobre o que ela requer. Entretanto, isso não nega a existência da moral e sua importância para diferentes sociedades, apenas demonstrando como o julgamento de sujeitos pode variar e torna-los claros por meio de argumentos é importante.

Uma vez explanados os dois tipos de argumentação, passa-se a visualizar as relações existentes entre a argumentação jurídica e a argumentação moral. Tais argumentações podem ser similares tanto em suas estruturas e conteúdo, então o que pode vir a diferenciá-las é a finalidade para que o argumento é empregado.

Outro ponto de contato é que tanto o direito quanto a moral podem não alcançar o melhor resultado para um caso prático, uma vez que a moral e o direito operam sob um conjunto de regras e princípios. No geral, as regras de direito funcionam frequentemente como um obstáculo ao alcance da melhor decisão do ponto de vista moral. Mas, a melhor solução para um caso pode, pelas particularidades dos fatos, ser apoiada em considerações substantivas de naturezas diversas da moral e mesmo do direito. No geral entende-se que a moral tem uma certa prevalência sobre outras considerações, mas não é absoluta e pode ser derrotada.

Na relação entre direito e moral em questões argumentativas também foi possível visualizar que ambos podem enfrentar relatividades ou indeterminações, uma vez que o escopo do que podem prever em relação a casos concretos é limitado. Os fatos da vida humana fazem com que não se tenha a certeza se as regras (tanto morais quanto jurídicas) sejam aplicáveis ao caso em questão, e, portanto, a atividade interpretativa é essencial a ambos tipos de argumentação. Isso faz com que seja necessário um apoio a considerações internas e externas a um argumento para garantir a aceitabilidade das premissas que embasam uma conclusão.

Para o direito tais indeterminações servem como abertura para a moral uma vez que as regras são a autoridade a ser seguida; ocorrem no contexto institucional, e podem falhar em resolver todas as questões. Tal moralidade em âmbito público é trazer concepções substantivas para o direito e imbuí-lo de significado que ainda não possui. Assim um julgador tem um certo grau de discricionariedade para trazer

considerações substantivas para o direito, quando permitido, sem deixar suas posições pessoais afetarem tais julgamentos.

Mas faz-se importante também compreender que usar de considerações substantivas no direito nem sempre é usar de considerações morais. Há diversos outros tipos de considerações que podem ser utilizadas em contextos jurídicos, como, por exemplo, considerações psicológicas, econômicas, políticas etc. Embora algumas visões teóricas já vieram e entender tal atividade como legislativa, usar de um raciocínio jurídico e premissas dotadas de considerações substantivas é uma atividade jurídica, e não moral.

Nem todo caso é passível de resolução com regras já promulgadas e por isso o uso de um raciocínio jurídico pode permitir que se atinja uma decisão que decida o caso, fazendo o uso de premissas substantivas. A possibilidade de aplicação de premissas substantivas ocorre principalmente frente à necessidade de decidir casos difíceis, que costumam ser difíceis pelo fato de o direito não ser claro ou ser gravemente imoral.

No direito um julgador toma uma decisão em âmbito público e decide em nome de toda a sociedade e por isso devem desenvolver seus argumentos com cautela. Tal cautela também deve estar presente na avaliação dos fatos do caso para que se saiba se uma regra moral é cabível, afinal, regras ou princípios morais têm sua aplicabilidade dependendo do contexto que os fatos proporcionam.

Ainda que o direito e moral mantenham relações, isso não os torna indistinguíveis, uma vez que o direito opera por meio de regras e instituições que impõem limites sobre sua existência e prática, fazendo com que o uso da moral não seja livre.

Para entender como é possível usar premissas morais em argumentos jurídicos a distinção entre raciocínios sobre o direito e raciocínios de acordo com o direito foi essencial, uma vez que dá diferentes possibilidades de tomada de decisão para um julgador. Ainda que haja uso da moral nos casos que raciocinar de acordo com o direito, isso não caracteriza um simples argumento moral. Assim, o julgador faz uso da sua discricionariedade para justificar uma decisão argumentada por meio de um uso da moral em um argumento jurídico.

O uso de considerações substantivas no direito não pode ser desprezado da legislação e dos precedentes e deve ser bem justificado. A forma de argumentação híbrida com considerações substantivas permite que o direito venha a

resolver as mais diversas situações sociais de conflito jurídico. O direito não é a arena ideal de argumentação moral, mas eventualmente precisa fazer uso deste tipo de argumento para resolver questões práticas uma vez que o que o direito positivo pode resolver pode ser limitado.

No desenvolvimento da presente dissertação visou-se exemplificar os diferentes tipos de argumentos por meio de padronizações denominadas esquemas argumentativos. Esses esquemas expõem a conexão entre premissas e conclusões em uma estrutura lógica. Tais esquemas possibilitaram a visualização de como é possível argumentar, tanto no direito como na moral.

Destaca-se que tais visualizações foram meramente exemplificativas, não se sugere que julgadores devam argumentar assim, apenas levanta-se a possibilidade de dar-se uma demonstração. Os esquemas argumentativos são acompanhados de perguntas críticas que avaliam o argumento elencado, levantando pontos sobre o argumento que requerem maiores explicações. Falhar em responder as perguntas críticas pode afetar a aceitabilidade de um argumento padronizado, ou seja, são condições para um bom argumento.

Mas reconhece-se que a maioria dos argumentos não se encontra em formas padronizadas na prática argumentativa, tanto do direito como da moral. As situações da vida cotidiana fazem com que tais argumentos apareçam em decisões judiciais, textos, reportagens, falas e muitas vezes precisam ser interpretados e reconstruídos para serem acessados e visualizados com clareza, e para tanto os esquemas podem ser deveras úteis.

Para além de perguntas críticas em argumentos padronizados também pode-se pensar em contraexemplos como forma testar as generalizações que se fazem sobre regras, e isso ajuda a testar premissas frente a diferentes situações fáticas. Testar argumentos com contraexemplos pode fazer com que eles precisem ser adaptados e assim tornem-se mais sólidos.

Talvez a maior complexidade que foi encontrada no desenvolvimento de questões argumentativas esteja ligada a questões de raciocínio motivado. Muitas considerações que sujeitos ou agentes podem vir de ter a julgar podem chocar com suas preferências pessoais, e ainda que inconscientemente, por meio de vieses, a avaliação de proposições pode ser afetada.

Muito da teoria argumentativa espera que os padrões de racionalidade sejam cumpridos para que seja possível uma correta argumentação prática que

possa justificar uma conclusão, e tais vieses apresentam um grande desafio para tais padrões racionais. Um aprofundamento teórico sobre tais questões pode beneficiar a argumentação jurídica a sobressair dificuldades realistas e cognitivistas. De forma geral o que visou-se destacar aqui é que o que importa não é o posicionamento individual de um julgador. Um argumento deve ser guiado por padrões de racionalidade e de construção.

Outra problemática que também padece de maiores aprofundamentos é quanto às responsabilidades que julgadores têm de julgar questões morais e jurídicas, e talvez tais responsabilidades se entrelacem de forma que distorçam o que se espera de uma prática argumentativa no direito. Poder usar premissas morais no direito ainda é uma questão em aberto e complexa do ponto de vista teórico, a relação entre os dois tipos de argumentos foi meramente apresentada aqui, e não esgotada. Alocar as responsabilidades e poderes de argumentação de julgadores no estado é importante para definir quanta discricionariedade podem os julgadores ter, por isso uma correta delimitação do tipo de argumentação que cada sociedade espera de seus julgadores é importante e devem ser realizadas discussões também sobre tais questões.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Maria. Reasons for action, acting for reasons, and rationality. **Synthese**, v. 195, 2018, p. 3293-3310.

AUDI, Robert. **Practical Reasoning and Ethical Decision**. Nova Iorque: Routledge, 2006.

BANKOWSKI, Zenon. Bringing the outside in the ethical life of legal institutions. In: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; STELMACH, Jerzy (orgs.). **Law and legal cultures in the 21st century**. Varsóvia: Oficyna, 2007, p. 193-216.

BERTEA, Stefano. Legal Argumentation Theory and the Concept of Law. In: VAN EEMEREN; Francis H.; BLAIR, Anthony J.; WILLARD, Charles A.; HENKEMANS, Francisca A. Snoeck (orgs.). **Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation**. Heidelberg: Springer Netherlands, 2003, p. 213-226.

_____. Law and Legal Reasoning. **Northern Ireland Legal Quarterly**, v. 59, n. 2, 2008, p. 4-19.

_____. Why one's practical reasons are not just one's own private affair. **Philosophical Inquiry**, v. 41, n. 1, 2017, p. 63-85.

BIX, Brian H.. Rules and Normativity in Law. In: ARASZKIEWICZ, Michal; BANÁS, Pawel; GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PLESZKA, Krzysztof (orgs.). **Problems of Normativity, Rules and Rule-Following**. Cham: Springer International Publishing, 2015, p. 125-146.

CORREIA, Vasco. Ethical Argumentation. **Informal Logic**, v. 32, n. 2, 2012, p. 222-241.

DUTWIN, David. The Character of Deliberation: Equality, Argument, and the Formation of Public Opinion. **International Journal of Public Opinion Research**, v. 15, n. 3, 2003, p. 239-264.

FELDMAN, Richard. **Reason and Argument**. 2^a ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2013.

FETERIS, Eveline. Fundamentals of Legal Argumentation: **A Survey of Theories on the Legal Justification of Judicial Decisions**. 2^a ed., Dordrecht: Springer, 2017.

GARDNER, John. Law as a leap of faith: **Essays on Law in General**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Law as a leap of faith as others see it. **Law and Philosophy**, v. 33, n.6, 2014, p. 813-842.

GERT, Joshua. Korsgaard's Private-Reasons Argument. **Philosophy and Phenomenological Research**, v. 64, n.2, 2002, p. 303-324.

GOVIER, Trudy. Critical Thinking as Argument Analysis? **Argumentation**, v.3, 1989, p. 115-126.

GREEN, Leslie. Positivism and the inseparability of law and morals. **New York University Law Review**, n. 83, 2008, p. 1035-1058.

HAGE, Jaap. Legal reasoning. In: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, BRAM (orgs.). **Introduction to Law**. 2^a ed, Cham: Springer International Publishing, 2017, p. 21-32.

HART, H. L. A.. Commands and Authoritative Legal Reasons. In: Essays on Bentham: **Jurisprudence and Political Theory**, 1982.

_____. **The Concept of Law**. 2^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1994.

HUHN, Wilson. **The five types of legal argument**. 3^a ed., Durham: Carolina Academic Press, 2014.

KATZAV, J.; REED, C.A.. On argumentation schemes and the natural classification of arguments. **Argumentation**, n. 18, v. 2, 2004, p. 239-259.

KIRSZNER, Laurie; MANDELL, Stephen. Practical Argument: **A Text and Anthology**. 2^a ed., Boston: Bedford/St. Martin's, 2013.

LAMOND, Grant. Analogical Reasoning in the Common Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 34, n. 3, p. 567-588, 2014.

LEITER, Brian. Legal Formalism and Legal Realism: What is the issue? **Legal Theory**, v. 16, n. 2, 2010, p. 111-133.

MACCORMICK, Neil. Argumentation and Interpretation on Law. **Argumentation**, Edinburgh, v. 9, n. 3, 1993, p. 16-29.

MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas. Arguments of Statutory Interpretation and Argumentation Schemes. **International Journal of Legal Discourse**, v. 2, n. 1, 2017, p. 47-83.

MAXEINER, James R.. Thinking Like a Lawyer Abroad: Putting Justice into Legal Reasoning. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 11, 2012, p. 55-92.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: **Da persuasão a vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2^a ed., 2017.

MOORE, Michael S.. The various relations between law and morality in contemporary legal philosophy. **Ratio Juris**, n. 25, 2012, p. 435-471.

MORESO, Josep J.. Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral. In: C. HERMIDA, J.A. Santos (orgs.). **Una filosofía del derecho em acción**. Homenaje al profesor Andrés Ollero. Madrid: Congreso de los Diputados/Universidad Rey Juan Carlos, 2015, p. 67-82.

PECZENIK, Aleksander. Can Philosophy Help Legal Doctrine? **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, 2004, p. 106-117.

RAINBOLT, George W.; DWYER, Sandra L.. Critical Thinking: **The art of argument**. Boston: Cengage Learning, 2011.

RAZ, Joseph. Between authority and interpretation: **On the theory of law and practical reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RODRIGUES, Fernando. Conceito de Direito e Teorias da Argumentação. **Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região**, v. 4, n. 2, 2011, p. 33-51.

SCHAUER, Frederick. Thinking Like a Lawyer: **A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 1, 2016a, p. 126-143.

_____; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Contraponto, 2016b.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert; Understanding Arguments: **An Introduction to Informal Logic**. 9ª ed., Stamford: Cengage Learning, 2014.

STEVENS, Katharina. Reasoning by Precedent—Between Rules and Analogies. **Legal Theory**, v. 24, n. 3, 2018, p. 216-254.

STRUCHINER, Noel. O “aparente” paradoxo das regras. **Ethic@ (UFSC)**, v. 8, 2009, p. 63-71.

_____; SHECAIRA, Fábio P.. A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 22, 2012, p. 131-145.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2018.

VANDEVELDE, Kenneth J.. Thinking Like a Lawyer: **An Introduction to Legal Reasoning**. 2 ed., Boulder: Westview Press, 2011.

VAUGHN, Lewis. Beginning Ethics: **An Introduction to Moral Philosophy**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2014.

_____. Doing Ethics: **Moral Reasoning and Contemporary Issues**. 4ª ed., Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2015.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, 2009, p. 2-24.

WALTON, Douglas. What is Reasoning? What is argument? **The Journal of Philosophy**, v. 87, n. 8, 1990, p. 399-419.

_____. **Ethical Argumentation**. Lanham: Lexington Books, 2009.

_____; GODDEN, David M.. The Nature and Status of Critical Questions in Argumentation Schemes. **OSSA Conference Archive**, n. 56, 2005, p. 476-484.

_____; REED, Chris; MACAGNO, F.. **Argumentation Schemes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.